ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ,

ИЗДАВАЕМЫЙ

МОСКОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОБЩЕСТВОМЪ.

1867—1868.

КНИЖКА ТРЕТЬЯ.

СЕНТЯБРЬ.

МОСКВА.
Въ Университетской Типографіи (Катковъ и Ко),
на Страстномъ бульварѣ.
1867.

О ЧРЕЗПОЛОСНОМЪ ВЛАДѢНІИ *).

Особаго вниманія заслуживаетъ, по своему хозяйственному и государственному значенію, такъ называемое чрезполосное владѣніе въ разнопомѣстныхъ дачахъ. Чрезполосное

*) Статья о *чрезполосномъ владѣніи* составляетъ одну главу изъ приготовленой къ печати и имѣющей вскорѣ появиться въ свѣтъ книги: *Чтенія о правѣ гражданскомъ* и *о русскихъ гражданскихъ законахъ* К. П. Побѣдоносцева. Издатель предполагаетъ на первый разъ выпустить въ свѣтъ одну первую часть всего труда, содержащую въ себѣ *права вотчинныя*.— Содержаніе сей первой части будетъ слѣдующее:

Понятіе о вещи и объ имуществѣ. Власть надъ вещью и требованіе. Обладаніе правами. Различныя свойства и категоріи вещей по иностраннымъ законодательствамъ и по русскому праву. Имѣніе родовое и благопріобрѣтенное.

О правѣ на вещи и объ отличіи онаго отъ исковаго требованія. Системы вещнаго права.

Право собственности и составныя его части. Исторія происхожденія поземельной собственности въ Россіи. Межевое право и отличіе его отъ вотчиннаго.

Владѣніе и различныя его категоріи. Добросовѣстное и недобросовѣстное владѣніе. Законное признаніе и защита владѣнія. Давность владѣнія и условія для превращенія владѣнія въ право собственности чрезъ давность.

Право пользованія и распоряженія. Принадлежности полной собственности. Плоды и приращенія.

Пріобрѣтеніе собственности. Общія формы пріобрѣтенія. Вотчинная транскрипція. Исторія поземельной записки въ Россіи.

Въ особенности о способахъ пріобрѣтенія собственности.

Продажа. Значеніе и форма купчей. Права и обязанности изъ нея возникающія. Переходъ права собственности по купчей.

Мѣна.

Дареніе и его ограниченія.

Пожертвованіе.

Пожалованіе и особенное его значеніе въ Россіи.

владѣніе есть необходимая принадлежность такого хозяственнаго быта, въ которомъ, при неопредѣлительности юридическихъ отношеній, люди привыкли жить и владѣть другъ возлѣ друга въ одномъ мѣстѣ, не заботясь о матеріальномъ разграниченіи своихъ владѣній. Это состояніе произошло отъ неопредѣлительности границъ частнаго поземельнаго владѣнія съ одной стороны,—съ другой стороны—отъ неопредѣлительности способовъ пріобрѣтенія этого владѣнія и первоначальныхъ основаній поземельной собственности. Въ старину, при дѣйствіи помѣстной системы, въ одной дачѣ, которой границы не были опредѣлены въ точности, могло быть нѣсколько владѣльцевъ, получавшихъ отводъ земли по своему окладу; съ теченіемъ времени помѣстныя дачи, возвращаясь въ казну, обращаясь снова въ раздачу, переходя отъ однихъ владѣльцевъ къ другимъ въ уменьшенномъ или увеличенномъ размѣрѣ, дробясь по участкамъ между наслѣдниками пер-

---

Заимка. Особое значеніе заимки въ Россіи. Старозаимочныя земли.—Охота. Рыбная ловля. Добываніе изъ нѣдръ земли минераловъ. Находка и кладъ Береговое право. Добыча.

Прекращеніе и потеря права собственности. Конфискація и экспропріація.

Ограниченія собственности. Необходимыя и общія или случайныя и частныя. Понятіе о правахъ въ чужой вещи и о сервитутахъ.

Общее участіе въ выгодахъ чужаго имущества.

Взаимныя и частныя ограниченія въ нѣкоторыхъ имуществахъ по роду ихъ и отношенію. Водяное право. Право прохода и проѣзда. Право сосѣдства.

Ограниченія, относящіяся до внутренняго содержанія права собственности. Владѣніе заповѣдными имѣніями. Узуфруктъ и пожизненное владѣніе.

Непрерывное оброчное право владѣнія сословій и частныхъ лицъ въ земляхъ государственныхъ. Крестьянское владѣніе. Новѣйшія преобразованія.

Раздробленіе собственности. Общая собственность. Владѣніе общественное. Чрезполосное владѣніе. О раздѣлахъ общаго владѣнія.

Закладное право въ недвижимомъ и въ движимости. Ипотека. Казенное право залога. Заставное право.

Аналогія собственности. Авторское право. Право на новыя изобрѣтенія и открытія.

Приложенія.

1. Объ основаніяхъ поземельной собственности въ Россіи и о доказательствахъ вотчиннаго права. Значеніе укрѣпленія. Дѣйствіе давности. Отношеніе вотчинныхъ доказательствъ къ межевымъ.
2. Объ имѣніи родовомъ и благопріобрѣтенномъ.
3. Русскія пословицы, относящіяся къ вотчинному праву.
4. Литература вотчиннаго права.

выхъ помѣщиковъ, доходили нерѣдко до пестраго смѣшенія отдѣльныхъ владѣній, размѣщавшихся въ общихъ предѣлахъ, которыхъ никто не могъ опредѣлить съ точностью. Когда помѣстья соединились съ вотчинами, и владѣніе, прежде бывшее временнымъ и поворотнымъ, сдѣлалось безповоротнымъ и постояннымъ, это смѣшеніе еще увеличилось. На казенныхъ земляхъ образовалось, рядомъ съ дворянскими разнопомѣстными владѣніями, общественное владѣніе однодворцевъ землями, розданными какъ на цѣлое общество, такъ и на отдѣльныя лица; нѣкоторыя изъ нихъ по праву, а другіе по злоупотребленію распоряжались на правѣ собственности землями служебной дачи, продавая и уступая ее дробными участками стороннимъ лицамъ безъявочно. На тѣхъ казенныхъ дачахъ многіе, поселясь самовольно, основали и держали за собою по старинѣ новое владѣніе, не зная ему мѣры и предѣловъ. Въ частныхъ дачахъ совершались переходы владѣній, гадательно обозначаемые безъ мѣры и безъ урочищъ въ крѣпостяхъ и домашнихъ записяхъ, либо вовсе безъ документовъ. Когда при Екатеринѣ II государственная власть приступила къ исполненію одной изъ важнѣйшихъ мѣръ своихъ—къ генеральному размежеванію дачъ окружными межами, внутри дачъ оказывалось по нѣскольку отдѣльныхъ владѣній, нерѣдко безъ мѣры и предѣловъ, безъ крѣпостныхъ основаній вотчиннаго права. Государственная власть мудро ограничилась на первый разъ главнѣйшею частью своей задачи—приведенімъ въ извѣстность каждой дачи со всѣми принадлежащими къ ней владѣніями, предоставя будущности разграниченіе отдѣльныхъ владѣній внутри дачи. Это послѣднее дѣло не совершено еще и донынѣ, хотя во многихъ мѣстностяхъ генеральное межеваніе по новымъ уставамъ соединилось со спеціальнымъ или внутреннимъ размежеваніемъ, а въ другихъ—способами, закономъ указанными, разграничены внутреннія владѣія по правиламъ спеціальнаго межеванія.

Для прекращенія невыгоднаго во всѣхъ отношеніяхъ состоянія чрезполосности владѣній, постановлено: всѣ дачи общаго владѣнія размежевывать спеціально, если хотя одинъ

изъ владѣльцевъ того пожелаетъ; но когда владѣльцы, въ наличномъ составѣ своемъ, всѣ вмѣстѣ совокупно пожелаютъ оставаться въ общемъ чрезполосномъ владѣніи безъ размежеванія и подтвердятъ сіе желаніе общею полюбовною сказкой, то имъ дозволяется оставаться въ общемъ владѣніи, впрочемъ лишь дотолѣ, пока общее соглашеніе не нарушено будетъ вновь желаніемъ хотя бы одного изъ участвующихъ владѣльцевъ. Только дачи, въ коихъ участвуютъ казна и государственные крестьяне, должны быть размежеваны во всякомъ случаѣ судебно-межевымъ порядкомъ. Когда въ дачахъ частнаго владѣнія предстоитъ размежеваніе, то законъ, начиная съ 1836 года, указывалъ для того первоначальнымъ средствомъ полюбовное соглашеніе при участіи посредника, и для окончанія назначены были сроки, по истеченіи коихъ правительство предоставило себѣ приступить къ понудительному размежеванію дачъ, въ коихъ вопросъ о размежеваніи былъ поднятъ. Сроки эти отлагались въ послѣдствіи отъ одного періода до другаго, пока наконецъ не были изданы въ 1850 году правила о понудительномъ размежеваніи, производимомъ чрезъ судебныя мѣста по разсмотрѣніи представляемыхъ участниками крѣпостей и другихъ доказательствъ. (X т. ч. 3 Меж. Зак. ст. 772—822, и 1143—1203).

Свойство совмѣстнаго чрезполоснаго владѣнія состоитъ въ томъ, что каждый изъ владѣльцевъ, хотя имѣетъ болѣе или менѣе ясное *хозяйственное* сознаніе о мѣстности и предѣлахъ своего владѣнія, не имѣетъ однакоже *явственнаго юридическаго* сознанія, которымъ могъ бы въ потребномъ случаѣ оправдать матеріяльное владѣніе свое, или—выражаясь техническимъ языкомъ философіи—сознаніе каждаго владѣльца есть *личное, субъективное* и не имѣетъ *объективности*, свойственной сознанію юридическому. Субъекнивное сознаніе шатко и невѣрно, ибо связано со всѣми случайностями личнаго воззрѣнія, со всѣми измѣненіями личности и со всѣми событіями, постигающими лицо. У одного лица въ одну минуту оно можетъ быть одно, у другаго или въ другую минуту—другое и въ одномъ и томъ же предметѣ. Иногда личное сознаніе можетъ состоять въ согласіи съ представленіями

другихъ лицъ, имѣющихъ общій интересъ въ одномъ и томъ же предметѣ; но отъ случайныхъ и личныхъ причинъ это согласіе во всякую минуту можетъ разстроиться и тогда поднимаются пререканія между совмѣстными владѣльцами, которыя заключаются большею частью разрѣшеніемъ или соглашеніемъ столь же случайнымъ и непостояннымъ, каково было пререканіе; такъ что по предмету, къ которомъ наиболѣе требуется опредѣлительности и постоянства, по вопросу о пространствѣ и принадлежностяхъ права на поземельную собственность,—ничто не можетъ сказать съ полною опредѣлительностью гдѣ оканчивается *мое* и гдѣ *твое* начинается.

Неопредѣлительность чрезполоснаго владѣнія касается во 1-хъ, предѣловъ самаго вотчиннаго права, принадлежащаго каждому владѣльцу. Не всякій изъ нихъ владѣетъ по крѣпостямъ *съ извѣстною мѣрою*; есть крѣпости, въ которыхъ безъ извѣстной мѣры владѣніе показано въ живыхъ или искусственныхъ урочищахъ, то-есть отграничено признаками, взятыми изъ внѣшней природы въ томъ видѣ, въ которомъ представлялось оно въ пору написанія крѣпости; но эти признаки, не всегда твердые и ясные, подвергаются еще непрестаннымъ измѣненіямъ вмѣстѣ съ измѣненіями урочищъ,—и во всякомъ случаѣ признаки эти не могутъ замѣнить границы, математически опредѣленной линіею. Есть крѣпости, въ которыхъ передается безъ всякихъ признаковъ мѣстностей все владѣніе передатчика, по личному его сознанію, которое въ большей части случаевъ или вовсе невозможно возстановить, или въ высшей степени затруднительно возстановлять съ помощью отрывочныхъ и противорѣчивыхъ крѣпостей стараго и свидѣтельскихъ показаній новаго времени. Есть владѣнія, основанныя вовсе не на крѣпостяхъ, а на правилѣ закона государственнаго, предоставлявшемъ въ извѣстномъ случаѣ поземельные надѣлы лицамъ, поселившимся въ извѣстномъ мѣстѣ и подвластнымъ крѣпостнымъ людямъ. Наконецъ, есть владѣнія, которыя вовсе ничѣмъ не могутъ оправдать и объяснить себя,—развѣ самимъ собою, то-есть своимъ существованіемъ, наличнымъ бытомъ

своимъ въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени; но и такое владѣніе невсегда бываетъ спокойное, невсегда пользуется признаніемъ со стороны совмѣстныхъ владѣльцевъ, и границы онаго ни въ какомъ случаѣ не могутъ имѣть опредѣлительности.

Кромѣ того вопросъ объ опредѣленіи мѣры каждаго владѣнія усложняется еще болѣе, когда приходится подводить итогъ всѣмъ владѣніямъ и сравнить его съ пространствомъ земли, заключающемся въ цѣлой дачѣ. Въ такомъ случаѣ оказывается нерѣдко, что за отводомъ каждому изъ владѣній извѣстнаго количества земли, ему слѣдующаго по принятымъ въ исчисленіе даннымъ, остается еще въ дачѣ излишекъ земли, которая должна составлять принадлежность законныхъ владѣльцевъ дачи; и тогда возбуждается новый вопросъ о томъ какъ эту, такъ называемую *примѣрную*, землю распредѣлить между ними, ибо не всѣ изъ владѣльцевъ въ одинаковой мѣрѣ оправдали свое право и не всѣ могутъ послѣдовательно вывесть оное изъ права тѣхъ лицъ, которымъ первоначально отведена была во владѣніе цѣльная дача или извѣстныя доли ея.

Изъ вышеизложеннаго можно судить о томъ состояніи неопредѣлительности, въ которомъ находятся самыя вотчинныя права отдѣльныхъ владѣльцевъ въ чрезполосномъ владѣніи. Но независимо отъ опредѣленія права казеннаго въ его *отвлеченной* сущности, надлежитъ еще, во 2-хъ, отвесть каждому праву въ натурѣ мѣстность, ему принадлежащую, разобраться въ мѣстности владѣнія, дабы каждый подлинно зналъ, гдѣ онъ сидитъ законно и чѣмъ по праву владѣетъ. Эта неопредѣлительность мѣстностей составляетъ также свойство чрезполоснаго владѣнія. Разграниченіе мѣстностей представляло бы менѣе затрудненій когда бы всѣ владѣнія примыкали сплошнымъ участкомъ къ мѣстнымъ центрамъ поселенія и хозяйства, т.-е. къ усадьбамъ владѣльцевъ; но это не всегда бываетъ. Одно и тоже лицо, имѣя поселеніе въ одномъ краю дачи, можетъ простирать свое владѣніе, или хозяйственный трудъ свой на участки, въ другихъ концахъ или въ срединѣ дачи лежащіе и сосѣдніе съ землею, состоя-

щею въ разработкѣ у другихъ владѣльцевъ, такъ что между тѣмъ и другимъ владѣніемъ смежная черта колеблется въ неясности. Въ чрезполосномъ владѣніи встрѣчаются мѣстности такъ сказать насиженныя трудомъ извѣстныхъ владѣльцевъ, которые не могутъ притомъ объяснить, почему они именно въ этомъ мѣстѣ владѣютъ, а не другіе, и сколь давно владѣютъ. Встрѣчаются мѣстности, которыя прежде разрабатываемы были одними владѣльцами, а потомъ оставлены и заняты другими, и при взаимной ликвидаціи правъ одно владѣніе—прежнее, опираясь на прежнемъ фактическомъ состояніи, сталкивается съ другимъ, наличнымъ фактическимъ состояніемъ, въ пререканіи о правѣ владѣть именно въ извѣстной мѣстности, при чемъ стороны ничего не могутъ выставить въ оправданіе свое кромѣ „старины" или труда, потраченнаго въ томъ или другомъ участкѣ дачи и оставившаго на немъ слѣды свои. Владѣніе, соединенное съ непрерывнымъ и явнымъ пользованіемъ въ извѣстной мѣстности, встрѣчается на ряду со владѣніемъ безъ наличнаго пользованія со стороны владѣльца отсутствующаго, и неимѣющаго въ дачѣ поселенія и усадьбы.

Наконецъ, въ 3-хъ, въ каждой дачѣ общаго владѣнія, гдѣ существуетъ нѣсколько поселеній, есть, кромѣ предметовъ отдѣльнаго владѣнія и пользованія, угодья и принадлежности, которыя по хозяйственному своему значенію составляютъ предметъ общаго владѣнія и пользованія для всѣхъ владѣльцевъ дачи или для той или другой группы владѣльцевъ, соединяемыхъ положеніемъ мѣстности владѣнія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и общій интересъ, въ которомъ могутъ встрѣчаться и сталкиваться частныя удобства и частные интересы. Сюда относятся: общій выгонъ, общіе сѣнокосы и рыбныя ловли, общія доходныя статьи (напр. базары), общіе водопои и общее право прохода и проѣзда изъ одного участка въ другой или къ водопоямъ и выгонамъ.

Таковы общія условія чрезполоснаго или совмѣстнаго владѣнія. Естественно, что самая неопредѣлительность этого состоянія не дозволяла юридическому сознанію коснуться большей части его принадлежностей и обнять хозяйствен-

ное его содержаніе дотолѣ, пока не обнята ею и не выражена объективно самая сущность правъ, соединенныхъ съ общимъ владѣніемъ, то-есть дотолѣ, пока не прекратилась самая чрезполосность посредствомъ размежеванія всѣхъ владѣльцевъ къ однимъ мѣстамъ. Состояніе чрезполосности таково, что къ нему вовсе не могли имѣть примѣненія нѣкоторыя правила общаго закона вотчинныхъ отношеній, ибо въ примѣненіи оказывалось совершенное отсутствіе существенныхъ принадлежностей каждаго юридическаго отношенія. Такъ, напр., во многихъ случаяхъ немыслимо было примѣненіе давности къ отдѣльнымъ владѣніямъ внутри чрезполосной дачи, ибо самый *предметъ владѣнія* въ своихъ матеріальныхъ границахъ не имѣлъ опредѣлительности, слѣдовательно въ рѣдкихъ случаяхъ можно было съ полною достовѣрностью признать первое условіе для дѣйствія давности — *индивидуальное тождество* того предмета, къ которому относится предположеніе о давности непрерывнаго владѣнія. Вотчинное право отдѣльныхъ владѣльцевъ могло подвергаться оспариванію въ ихъ отношеніяхъ между собою и со сторонними лицами, доказывавшими свое право на земли; могли быть и бывали нерѣдко взаимные иски совладѣльцевъ о завладѣніяхъ и захватахъ. Судебныя мѣста были наполнены тяжбами по этимъ предметамъ, но судебныя рѣшенія, ограничиваясь только опредѣленіемъ вотчиннаго права, принадлежащаго тому или другому изъ отдѣльныхъ владѣльцевъ дачи, не вели къ установленію новыхъ болѣе опредѣлительныхъ отношеній по владѣнію между участниками его внутри дачи: для этого требовалось еще произвесть сначала общую ликвидацію вотчинныхъ правъ и владѣній между всѣми соучастниками.

Между тѣмъ вопросовъ о правѣ совмѣстнаго владѣнія и объ условіяхъ его и принадлежностяхъ возникало множество, особенно по дѣламъ объ отдѣленіи казенныхъ и однодворческихъ земель отъ помѣщичьихъ, дѣламъ, которыя, возникнувъ съ 1799 года, донынѣ во множествѣ остаются еще неконченными и представляли для судебныхъ мѣстъ затрудненія почти непобѣдимыя. Главную причину медленности въ произ-

водствѣ сихъ дѣлъ надлежитъ полагать именно въ томъ, что судебныя мѣста, при разсмотрѣніи ихъ, почти вовсе лишены были руководящихъ правилъ для опредѣленія юридическихъ отношеній между совладѣльцами и правилъ о доказательствахъ вотчинныхъ правъ междѣ соучастниками общаго владѣнія. Только при помощи строгаго историко-юридическаго анализа существующихъ хозяйственныхъ отношеній и при опытномъ знакомствѣ съ характеромъ и отдѣльными положеніями межевой инструкціи—мало кому изъ судебныхъ практиковъ знакомой—можно было почти ощупью опознаться въ сферѣ разнопомѣстныхъ отношеній поземельнаго владѣнія. Лишь въ послѣднее время, когда съ изданіемъ правилъ 1850 года указанъ былъ этимъ дѣламъ новый путь и исходъ въ порядкѣ судебно-межеваго разбирательства, законодательство наше представило нѣсколько указаній на права совмѣстнаго владѣнія.

Право на участіе во владѣніи извѣстною дачею отличается отъ вотчиннаго права на землю, основаннаго на укрѣпленіи, хотя и право на участіе доказывается тоже крѣпостями. Въ вотчинномъ дѣлѣ разрѣшается вопросъ о правѣ собственности на землю, оспариваемомъ другимъ лицомъ, предъявляющимъ *исключительное* право свое на тотъ же самый предметъ,—и форма его есть искъ вотчинный (action réelle). Напротивъ того въ дѣлахъ о разборѣ общаго владѣнія возбуждается вопросъ о правѣ на владѣніе, причемъ дѣло касается не одного только лица, предъявляющаго свое исключительное право, но до всѣхъ соучастниковъ владѣнія, такъ что форма такого производства есть искъ такъ наз. смѣшанный (act. mixte, actio mixta, communi dividundo); и доказательства въ томъ и другомъ случаѣ хотя могутъ быть одни и тѣ же, но разсматриваются не въ одинаковомъ отношеніи, и въ дѣлахъ о разборѣ общаго владѣнія разрѣшается обыкновенно предварительный вопросъ (quaest. prejudicialis) о правѣ на владѣніе, независимо отъ вопроса о правѣ собственности, который можетъ еще въ послѣдствіи составить предметъ особаго спора и отдѣльнаго рѣшенія (1152 ст. Меж. Зак).

Въ теченіе совмѣстнаго владѣнія могутъ возникать меж-

ду отдѣльными владѣльцами споры о пространствѣ правъ каждому принадлежащихъ, иски и тяжбы о захватѣ и завладѣніи, и эти тяжбы имѣютъ свойство спора о вотчинномъ правѣ, хотя въ рѣдкихъ случаяхъ возможно положить имъ опредѣлительное и окончательное рѣшеніе, покуда не сосовершилось отдѣленіе къ однимъ мѣстамъ всѣхъ въ общей дачѣ существующихъ владѣній: ибо съ помощью одной техники судебнаго вотчиннаго производства возможно только отвлеченное рѣшеніе спора о *моемъ* и *твоемъ*, возможно опредѣлить исключительность вотчиннаго права, извѣстному лицу принадлежащаго и *мѣру* сего права, но разрѣшеніе сего спора въ *конкретномъ* видѣ невозможно, такъ какъ мѣстность владѣнія и матеріяльная граница въ натурѣ между *моимъ* и *твоимъ* остается еще въ неизвѣстности по отношенію къ владѣнію всѣхъ соучастниковъ въ дачѣ, доколѣ она не размежевана между всѣми соучастниками.

Но общее владѣніе имѣетъ свои интересы отдѣльно отъ вотчиннаго права, и эти-то интересы составляютъ предметъ особаго спора между совладѣльцами по поводу отдѣленія ихъ къ однимъ мѣстамъ. Между различными владѣніями, глядя по основаніямъ ихъ, по давности, по расположенію въ дачѣ, по мѣстному очертанію, возможна, какъ увидимъ ниже, конкурренція, и вопросы о томъ, признать или не признать, допустить или не допустить извѣстное лицо дѣйствительнымъ владѣльцемъ и соучастникомъ? въ какомъ видѣ признать его владѣніе? на какихъ основаніяхъ произвесть надѣлъ земли тому или другому владѣнію? Вопросы имѣютъ интересъ для всѣхъ соучастниковъ, ибо отъ разрѣшенія сихъ вопросовъ зависитъ преимущество одного владѣнія передъ другимъ въ количествѣ и мѣстности надѣла, право на участіе въ примѣрной землѣ, разверстаніе угодій и т. под.

Право на владѣніе въ дачѣ подчиняется давности независимо отъ вотчиннаго права на землю и можетъ быть утрачено, если лицо, значущееся дачникомъ, не имѣя дѣйствительнаго владѣнія, или утративъ оное, болѣе 10-ти лѣтъ оставалось въ молчаніи (1151 ст.). Съ другой стороны безспорнымъ владѣніемъ въ теченіе десяти лѣтъ утверждается право, но въ

дачѣ неразверстанной и при неопредѣленности границъ между владѣніями, такое владѣніе уступаетъ владѣніямъ утвержденнымъ на крѣпостяхъ и представляющимъ твердыя основанія для измѣренія (Прил. къ 1157 и 1161 ст.).

При совмѣстномъ владѣніи вообще невозможно предположить, что каждый изъ владѣльцевъ имѣетъ право удерживать за собою мѣстность, въ которой оказалось наличное его владѣніе; ибо очертаніе владѣній, состоя въ зависимости отъ случайныхъ причинъ и отъ личныхъ хозяйственныхъ побужденій, либо отъ временнаго хозяйственнаго соглашенія между владѣльцами, могутъ измѣняться, и сверхъ того, въ минуту разверстанія земель и угодій, то-есть при превращеніи чрезполоснаго владѣнія въ отрубное, оказывается необходимость, въ видахъ общаго интереса, уравнять угодья между соучастниками, и границы владѣній каждаго расположить такъ, чтобы каждый могъ пользоваться спокойно и удобно общими угодьями, какъ-то: выгонами, водопоями, рыбными ловлями, правомъ проѣзда и прогона (1ст. 177—1181); у нѣкоторыхъ владѣльцевъ могутъ быть въ общей дачѣ отдѣльныя и хозяйственныя или промышленныя заведенія (мельницы, фабрики, заводы, сады и пр.), требующія для своего поддержанія, чтобы къ нимъ прирѣзанъ былъ особый участокъ (ст. 1174, 1175).

Однакоже нельзя не признать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ и въ чрезполосной дачѣ владѣніе можетъ быть по мѣстности своей столь опредѣлительное, что пріобрѣтаетъ свойство исключительности — именно, когда оно основывается на крѣпостяхъ, въ коихъ означены, при извѣстной мѣрѣ, и живыя урочища, въ которыхъ безспорно заключается отдѣльное владѣніе по крѣпостному праву, или предметомъ отдѣльнаго владѣнія, можетъ быть отдѣльная пустошь, имѣющая опредѣленную индивидуальность (ст. 1154, 1161).

Сверхъ того, когда одинъ изъ владѣльцевъ, занявъ тотъ или другой участокъ въ дачѣ, употребилъ на него трудъ хозяйственной разработки или хозяйственнаго ухода съ цѣлію придать ему новое и спеціальное хозяйственное зна-

ченіе, напримѣръ развелъ, выростилъ лѣсъ тамъ, гдѣ лѣсу не было, либо очистилъ и сберегъ лѣсной участокъ своимъ стараніемъ, либо расчистилъ лѣсъ подъ пашню и поселеніе, справедливо признать въ подобныхъ случаяхъ преимущественное право на мѣстность за тѣмъ, кто его такъ разработалъ и устроилъ (ст. 1163—1165).

Наконецъ, въ сущности вся окружная дача составляетъ собственность всѣхъ соучастниковъ, имѣющихъ въ ней владѣніе, слѣдовательно все количество земли, которое, за окончательнымъ надѣленіемъ участниковъ мѣрою по праву имъ принадлежности, можетъ оказаться излишнимъ, принадлежитъ имъ же и должно быть распредѣлено и разверстано между ними по пропорціи крѣпостныхъ правъ каждаго. Но съ другой стороны, когда бы во всей дачѣ не достало земли на полное удовлетвореніе всѣхъ владѣльцевъ всѣмъ тѣмъ количествомъ, какое каждому слѣдуетъ по вотчинному праву или владѣнію,—то для уравненія всѣхъ, дабы никому обиды не было, и недостатокъ земли между всѣми разверстывается, ибо все владѣніе у нихъ общее и чего недостаетъ одному, то и всѣмъ недоставать должно, такъ какъ съ другой стороны излишекъ у одного долженъ и другому служить къ приращенію. Только владѣнія крѣпостныя мѣрныя, обведенныя живыми урочищами, исключаются изъ этой разверстки примѣрныхъ земель, ибо эти владѣнія сами въ себѣ содержатъ положительное указаніе границъ своихъ, составляя какъ бы островъ посреди совмѣстнаго владѣнія всѣхъ прочихъ владѣльцевъ въ той же дачѣ.

Особый видъ совмѣстнаго владѣнія, есть совмѣстное владѣніе бывшихъ помѣщиковъ съ бывшими своими крѣпостными, перешедшими въ состояніе временнообязанныхъ крестьянъ. По утвержденіи уставной грамоты, помѣщикъ обязывается отвесть крестьянамъ поземельный надѣлъ; причемъ прежнія вотчинно-государственныя отношенія къ крестьянамъ по поводу землевладѣнія должны мало-по-малу пре-

вратиться въ отношенія гражданскаго права, въ отношенія сосѣдей и равноправныхъ землевладѣльцевъ. Очевидно, что при этомъ предстоитъ совершиться весьма сложному и затруднительному процессу ликвидаціи правъ и хозяйственныхъ отношеній, пока образуется такое состояніе, въ которомъ обѣ стороны получатъ ясное и спокойное сознаніе о мѣрѣ и границахъ своего владѣнія. Помѣщики, покуда имѣли крестьянъ и весь хозяйственный ихъ бытъ на полной своей волѣ, не имѣли нужды заботиться о разграниченіи своихъ земель и угодій отъ крестьянскихъ,—ибо то и другое было собственностью помѣщика, и никакое столкновеніе хозяйственныхъ интересовъ крестьянина и помѣщика по землевладѣнію не было мыслимо, по крайней мѣрѣ въ юридической формѣ. Съ освобожденіемъ крестьянъ, съ предоставленіемъ каждому изъ нихъ права на отдѣльный, собственный хозяйственный бытъ, сопряженный съ землевладѣніемъ,— съ оставленіемъ крестьянскаго поселенія и землевладѣнія на мѣстахъ прежняго ихъ жительства,—совмѣстно съ жительствомъ и хозяйствомъ прежнихъ помѣщиковъ, такія столкновенія должны были возникнуть тотчасъ же повсюду, грозя привесть въ безпорядокъ только что зарождающееся хозяйство и возникающія отношенія гражданскаго права. Потому законъ не могъ не обратить особеннаго вниманія на вопросъ первой важности—о скорѣйшемъ отдѣленіи къ однимъ мѣстамъ помѣщичьяго владѣнія и угодій помѣщичьихъ отъ крестьянскихъ земель и угодій. Весь процессъ этого отдѣленія раздѣленъ на три дѣйствія:

1. Первоначачальное учрежденіе надѣла.
2. Разверстаніе помѣщичьихъ угодій къ однимъ мѣстамъ.
3. Перенесеніе крестьянскихъ усадебъ.

По спеціальности этого предмета не касаемся здѣсь его подробностей.

Сюда относятся слѣдующія постановленія:

Мѣстн. Полож. Великорос. ст. 26—109

— Малорос. ст. 42 и слѣд. и прим. къ 63 ст. по прод. 1864 г.

Мѣстн. Полож. Кіевск. ст. 35 и слѣд.

— — Виленск. ст. 10 и слѣд.

Полож. о горнозав. насел. ст. 18 и слѣд.

Полож. объ удѣльн. крест. ст. 35 и слѣд.

Особенныя, по хозяйственнымъ особенностямъ, правила по сему предм. см. въ Тифлис. Полож. о надѣлѣ крестьянъ п. 45 (Собр. Уз. 1864 г. № 638).

Еще указъ о правѣ общей пастьбы (толоки) крестьянъ и помѣщиковъ югозападн. кр. на общемъ паровомъ полѣ см. въ Собр. Уз. 1865 г. № 283.

Особенный видъ общаго владѣнія есть владѣніе *лѣсами* общими у частныхъ владѣльцевъ съ казною: *общими* называются по закону (1394 ст. Лѣсн. Уст.) лѣса, принадлежащіе нѣсколькимъ владѣльцамъ, безъ означенія въ частности сколько каждому изъ оныхъ принадлежитъ. Они раздѣляются всѣмъ тѣмъееламъ и деревнямъ, къ которымъ написаны въ писцовыхъ книгахъ, по числу писцовыхъ же пашенныхъ земель. Когда во владѣніи участвуютъ казна или казенныя селенія, то лѣса должны быть непремѣнно размежеваны судебнымъ порядкомъ по крѣпостямъ и дачамъ, при чемъ казнѣ велѣно отдѣлять части сколько возможно ближе къ судоходнымъ рѣкамъ. Между тѣмъ до окончательнаго судебнаго рѣшенія пользованіе владѣльцевъ лѣсомъ въ сихъ дачахъ ограничивается: именно, по предварительномъ разсмотрѣніи вотчинныхъ документовъ каждаго (Лѣсною Коммиссіей или Палатой Госуд. Имуществъ) назначаются владѣльцамъ и госуд. крестьянамъ соотвѣтствующія вотчинному документу части лѣса во временное пользованіе, и въ эти части лѣса дозволяется также въѣздъ для выбора валежника и сухихъ деревьевъ, и въ крайнихъ только случаяхъ, только на непосредственное употребленіе, а не на продажу, отпускается и растущій лѣсъ съ разрѣшенія лѣсныхъ чиновниковъ. За тѣмъ уже каждая сторона отвѣчаетъ за вырубку въ лѣсу болѣе того что отведено ей или отпущено (Уст. лѣсн. ст. 1395—1410).

Въ совмѣстномъ владѣніи содержится иногда особое отно-

шеніе владѣющихъ лицъ, подобное отношенію верховной собственности къ собственности зависимой или подчиненной (Obereigenthum и Nutzeigenthum). Тамъ, гдѣ подобныя отношенія являются, требуется рано или поздно ихъ ликвидація, приведеніе правъ въ надлежащую опредѣлительность, или раздѣлъ владѣній съ цѣлію предоставить каждому лицу вмѣсто прежняго такъ сказать государственнаго владѣнія, на личной власти и личномъ подчиненіи основаннаго владѣніе гражданское, основанное на началѣ полной собственности, которое одно только можетъ удовлетворить требованіямъ гражданскаго права и соотвѣтствовать понятію о личности въ сферѣ юридической и экономической. Наше русское вотчинное владѣніе не представляетъ подобныхъ отношеній, ибо у насъ отношеніе напр. крѣпостныхъ крестьянъ къ помѣщику и госуд. крестьянъ къ государству по землевладѣнію имѣютъ свой особенный характеръ и не подходятъ подъ категорію правъ германскаго выродившагося изъ феодальныхъ отношеній, основаннаго на феодальномъ дробленіи права собственности между людьми взаимно соподчиненными. Но въ предѣлахъ Имперіи, именно въ тѣхъ частяхъ ея, которыя имѣли свою, отдѣльную отъ Руси, политическую исторію и свое развитіе общественнаго быта, встрѣчаются подобныя отношенія, къ ликвидаціи коихъ стремится въ послѣднее время повсюду русское законодательство. Въ примѣръ можно указать на отношеніе имеретійскихъ и гурійскихъ князей съ своими азнаурами. Азнауры находились въ зависимости отъ князей; князь владѣлъ азнауромъ, но въ тоже время и сей послѣдній владѣлъ имѣніемъ ему принадлежащимъ; однако на это имѣніе азнаура и князь простиралъ свое право въ силу того, что предки азнаура были пожалованы предкомъ князя вмѣстѣ съ имѣніемъ или имѣніе было подарено азнауру или предкомъ его княземъ или его предками. Такимъ образомъ возникло между князьями и ихъ азнаурами отношеніе подобное феодальному отношенію верховной и подчиненной собственности и посему ликвидація личныхъ отношеній между тѣми

и другими необходимо соединялась съ ликвидаціей правъ по землевладѣнію. Ликвидація эта произведена по указу 1864 года (Собр. Узак. № 383) о разграниченіи имущественнаго права между князьями и ихъ азнаурами, и въ семъ самомъ указѣ объяснено, что разводъ между князьями и азнаурами не есть передача имѣнія, а только *разграниченіе совмѣстнаго владѣнія.*

К. Побѣдоносцевъ.

ОБИДЫ,

НАНЕСЕННЫЯ ЛИЦУ УЖЕ УМЕРШЕМУ.

Въ предыдущей книжкѣ „Юридическаго Вѣстника“ [1]) изложены были доводы, приведенные сторонами по вопросу о наказуемости оскорбленій, нанесенныхъ лицамъ, уже умершимъ. Въ настоящее время мы считаемъ нужнымъ сообщить, въ дополненіе къ изложеннымъ преніямъ, тѣ мѣста изъ заключенія оберъ-прокурора Деланжа, которыя содержатъ въ себѣ новыя соображенія для уясненія спорнаго предмета права.

Г. Деланжъ, указавъ на то, что существенныя возраженія противниковъ наказуемости помянутаго преступленія заключаются вопервыхъ въ томъ, что преступленіе это закономъ спеціально не предусмотрѣно и что созданіемъ преступленія по аналогіи нарушаются первоначальныя основы уголовнаго права; вовторыхъ въ томъ, что допущеніемъ наказуемости оскорбленій, умершимъ нанесенныхъ, разрушаются привилегіи исторіографіи,—прежде всего съ особенною силою остановился на опроверженіи послѣдняго возраженія.

Что такое исторія, сказалъ онъ, и какимъ образомъ ея законныя прерогативы, которыя должны быть уважаемы въ интересѣ человѣчества, могутъ быть уменьшены допущеніемъ наказуемости оскорбленій, нанесенныхъ умершимъ? Какимъ образомъ свобода исторіографіи можетъ-быть нарушена

1) См. *Юрид. Вѣст.* № 2 кн. 2 (августъ).

разрѣшеніемъ вопросовъ, касающихся лишь частной жизни лица? Исторія, въ ея философскомъ значеніи, есть повѣствованіе о событіяхъ, затрогивающихъ жизнь народовъ; все, что касается бытія ихъ: образъ правленія, религія, обычаи, законы, войны, финансы, трактаты о мирѣ и союзѣ, успѣхи полезныхъ искусствъ, злоупотребленія, выродившіяся въ тиранію и т. д.—все это составляетъ источникъ, откуда она черпаетъ элементы опыта изъ прошедшаго. Ея изысканія не ограничиваются только событіями, вліяющими на судьбу народовъ; она по праву обнимаетъ собою и тѣ *личности*, которыя своею публичною жизнію играли политическую роль въ странѣ, составляющей предметъ изученія историка. Князья, министры, полководцы, правители и т. п. принадлежатъ суду исторіи и притомъ безъ различія въ томъ, разсматриваетъ ли она дѣла давно минувшія или современныя; изучаетъ ли она личности, оставившія уже память о себѣ или современныхъ дѣятелей. Права исторіи въ этомъ отношеніи одинаковы.

При такомъ опредѣленіи области исторіи, каковы должны быть пріемы историка и какъ должны осуществиться его права? Цицеронъ съ удивительною точностью начертилъ руководящее правило: *ne quid falsi dicere audeat, ne quid veri non audeat.* Это самое правило перевелъ своимъ прекраснымъ и страстнымъ языкомъ графъ Сенъ-Симонъ, когда, изслѣдуя какія права ему принадлежатъ какъ историку, онъ говоритъ: „Развѣ мы обязаны не знать князей, королей и дворъ ихъ времени изъ страха познакомиться съ ихъ ужасами и преступленіями? не знать такихъ личностей какъ Ришелье и Мазаренъ изъ боязни, чтобы для насъ были сокрыты поступки, порожденные ихъ честолюбіемъ, равно какъ и интриги и козни той эпохи!... Надлежитъ дѣлать различіе между тѣмъ, что состраданіе намъ предписываетъ, тѣмъ что оно не предписываетъ и тѣмъ, что оно не можетъ намъ предписать. Оно не требуетъ отъ насъ, подъ предлогомъ любви къ ближнему, чтобы мы любили въ людяхъ ихъ недостатки, пороки, дурныя намѣренія, преступленія; оно не предписываетъ намъ подвергать себя ихъ дѣйствію; оно не

запрещаетъ, напротивъ, оно желаетъ, чтобы тѣ, коимъ тѣ пороки и недостатки угрожаютъ, были бы предупреждены и такимъ образомъ остерегались бы ихъ.... Наипреподобные и знаменитѣйшіе святые не щадили дурныхъ фактовъ и направляли свои горькія насмѣшки противъ самыхъ высокихъ личностей церкви и міра свѣтскаго!“

Исторія слишкомъ часто изображаетъ собою лишь картину преступленій и несчастій; нерѣдко личности, ею выставленныя, суть только испорченные честолюбцы; право историка или, лучше, обязанность его, состоитъ въ томъ, чтобы вытребовать эти личности на свой судъ, и если случается, что князья, полководцы и правители находятъ въ книгѣ его непріятныя для себя истины, то пусть они вспомнятъ, что будучи общественными дѣятелями они обязаны передъ обществомъ отчетностью, что этою цѣною они платятъ за свое величіе; что историкъ свидѣтель, а не льстецъ что единственное средство заставить людей говорить о себѣ хорошее состоитъ въ томъ, чтобы дѣлать его. Право историка неограниченное; онъ можетъ провѣрить сужденія, до него о лицѣ высказанныя. Кто не боится, встрѣчая клейма, наложенныя Тацитомъ на своихъ современниковъ? Не удалясь въ старину, вспомнимъ какія противорѣчивыя, строгія, крайнія и даже несправедливыя сужденія были произнесены о Ришелье, Кольберѣ, Людовикѣ XIV, Наполеонѣ I? Одни видѣли въ нихъ боговъ, другіе топтали ихъ въ грязь! Да, право историка простирается до такихъ предѣловъ, лишь бы онъ былъ правдивъ и добросовѣстенъ, ибо послѣднее составляетъ необходимое условіе дарованныхъ ему привелегій. Но когда въ отвратительной компиляціи историкъ-самозванецъ позволяетъ себѣ по прихоти своей клеветать на живыхъ и мертвыхъ; когда, не приводя никакихъ не только положительныхъ, но и вѣроятныхъ фактовъ, онъ наполняетъ свое твореніе ругательствами, искажая и извращая событія,—тогда передъ нами не исторія, а сатира! Сочинитель является пасквилистомъ, и уголовный законъ всею своею тяжестью виситъ надъ его головой.

Но добросовѣстный историкъ гарантированъ не противъ

одной лишь уголовной отвѣтственности: онъ внѣ всякой опасности и со стороны гражданскаго иска. Для дѣйствительности послѣдняго недостаточно доказать, что разсказъ историка причинилъ вредъ извѣстному публичному дѣятелю— историческое обличеніе можетъ нанести неизлѣчимую рану! Надобно доказать, что историкъ съ умысломъ совершилъ дурное дѣло, что онъ исказилъ истину и поступилъ недобросовѣстно; въ противномъ случаѣ онъ недосягаемъ...

Затѣмъ оберъ-прокуроръ перешелъ прямо къ занимающему насъ вопросу.

Никто не споритъ, сказалъ онъ, что диффамація, направленная противъ умершихъ, есть отвратительное, низкое и подлое дѣло; самые ярые противники уголовнаго наказанія за это преступленіе допускаютъ, однакожь, искъ гражданскій противъ обидчика. Не значитъ ли быть непослѣдовательнымъ, допуская въ этомъ отношеніи гражданскій и отвергая уголовный искъ? Развѣ оба они не имѣютъ ли одинъ и тотъ же источникъ; развѣ допущеніе одного изъ нихъ не оправдывается ли тѣмъ же намѣреніемъ вредить, которымъ руководимъ клеветникъ, причинившій гражданскій вредъ?...

Правда ли, теперь, что законъ 17 мая 1819 г. не предусмотрѣлъ оскорбленій, нанесенныхъ умершимъ? Вотъ текстъ этого закона: всякое обвиненіе въ поступкѣ, нарушающемъ честь или достоинство лица или корпораціи, которымъ поступокъ тотъ приписывается, считается *клеветой* (диффамаціей). Всякій оскорбительный отзывъ и выраженіе презрѣнія или злословія, не содержащія въ себѣ обвиненія въ извѣстномъ поступкѣ есть *обида* [2]).

Первый выводъ, который дѣлаютъ изъ текста этой статьи, состоитъ въ томъ, что диффамація противъ умершихъ въ ней не предусмотрѣна. Это ошибочно. По правилу, принятому съ давнихъ временъ, опредѣленіе закона не мо-

---

2) L. 17 mai 1819 art 13: „Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte a l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure".

жетъ быть ограничено только тѣми предметами, которые онъ буквально обнимаетъ; напротивъ, его слѣдуетъ обобщать по мотиву, его вызвавшему (d'apres la raison d'être de la loi). *Non possunt,* говоритъ римскій законъ, *omnes articuli, sigillatim legibus comprehendi: sed cum in aliqna causa sententia earum manifesta est, is qui jurisdictioni prodest ad similia procedere atque ita jus dicere debet.* Почему же помянутая статья не можетъ также относиться къ умершимъ, такъ точно какъ къ живущимъ? Развѣ честь и достоинство умершаго не могутъ быть задѣты клеветой? Развѣ онъ не нуждается въ покровительствѣ? Развѣ чувство ненависти и отвращенія, движущее клеветника, не указываетъ на необходимость защиты? Развѣ, наконецъ, наибольшее несчастіе, могущее постигнуть семейство послѣ смерти главы его, не заключается ли въ томъ, что память о немъ предана оскорбленіямъ и позору?... Нравственное чувство протестуетъ противъ подобныхъ дѣяній и требуетъ гарантій противъ нихъ. Таковъ былъ и духъ всѣхъ законодательствъ. Солонъ запретилъ оскорбленіе умершихъ. Плутархъ хвалитъ его предусмотрительность, потому что, какъ говоритъ онъ, религія обязываетъ чтить усопшихъ какъ святыхъ, правосудіе требуетъ пощады для тѣхъ, кои болѣе не существуютъ, а общественный порядокъ запрещаетъ безконечную ненависть. Мѣсто изъ одной защитительной рѣчи Демосѳена даетъ право думать, что Солонъ наказывалъ строже обиду причиненную умершему, нежели живущему. Законъ римскій не былъ формаленъ; тѣ же чувства нашли себѣ мѣсто въ древнихъ французскихъ законахъ. То же самое повторяется и во всѣхъ европейскихъ законодательствахъ; вездѣ и во всѣ времена диффамація противъ умершихъ наказывалась какъ преступленіе.

Находя затѣмъ, что обжалованное рѣшеніе Анжерскаго суда не доказало безнаказанности разсматриваемаго преступленія, Деланжъ указываетъ на то, что ораторъ отъ правительства, представляя законодательному корпусу проектъ Code pénal, сказалъ слѣдующее: „la loi n'abandonne pas l'homme quand il a cessé de vivre", и дѣйствительно цѣлый рядъ ста-

тей высказываетъ покровительство умершимъ (ст. 360, С. р., 613. C. de com., 447 C. d'inst). Наконецъ, по мнѣнію оберъ-прокурора, законъ 26 мая 1819 г., дозволяющій преслѣдованіе диффамаціи со стороны всѣхъ тѣхъ, которые считаютъ себя оскорбленными [1]) окончательно устраняетъ всякое затрудненіе. Можно ли спорить противъ того, что сынъ оскорбленъ диффамаціей, направленной противъ его отца? Какъ можно отнять у него право преслѣдованія за самый большой вредъ, который ему можетъ быть нанесенъ? Что станется тогда съ началомъ, признаваемымъ всѣми законодательствами, по которому наслѣдникъ наслѣдуетъ личность своего родителя и отождествляется съ нимъ, и что, защищая честь и достоинство послѣдняго, онъ защищаетъ свое собственное свое значеніе... Всѣ интересы государственной честности, общественной пользы, семейства—соединяются въ одно, чтобы оправдать преслѣдованіе, имѣющее предметомъ охраненіе памяти умершихъ. Нравственная основа французскаго закона идетъ еще дальше: она не дозволяетъ наслѣднику быть равнодушнымъ. Законъ предписываетъ ему мстить за обиды, причиненныя умершему клеветниками легатаріями и донатаріями (ст. 727, 1046 и 1047 С. Nap.). Какой же можетъ-быть смыслъ этихъ опредѣленій, какъ не тотъ, что не все гаснетъ со смертью лица; что честь и достоинство его переходятъ на его наслѣдника и должны имъ быть охраняемы....

По выслушаніи всѣхъ этихъ доводовъ, французскій кассаціонный судъ кассировалъ обжалованный приговоръ, весьма осторожно мотивировавъ свое рѣшеніе. Вотъ текстъ его:

„Судъ, на основаніи ст. 13 и 18 закона 17 мая 1819 г. и ст. 5 закона 26 мая того же года, принимая въ соображеніе: что въ настоящемъ случаѣ дѣло идетъ не о правахъ исторіи по отношенію къ памяти лицъ умершихъ, принадлежавшихъ жизни публичной; что настоящій вопросъ гораздо менѣе сложенъ и что не

---

1) L. 26 mai 1819, art 5: „Dans le cas de diffamation ou d'iujure contre tout dépositaire ou agent de l'autorité publique, contre tout agent diplomatique étranger accredité près du roi, ou contre tout particulier, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la partie qui se prétendra lésée."

должно выходить за предѣлы его; что жалоба гражданскаго истца имѣетъ единственною цѣлью удовлетвореніе за диффамацію, направленную противъ частной жизни ихъ отца и тестя, нотаріуса при жизни и жившаго всегда въ качествѣ частнаго человѣка; что фактически признано, что оскорбительныя выраженія, составляющія предметъ жалобы, сказаны были въ публичномъ мѣстѣ самой дочери умершаго съ угрозой для послѣдней отвѣтствовать за приведенные факты; что такимъ образомъ обида, направленная противъ памяти умершаго, необходимо отражалась на его дѣтяхъ и имѣла цѣлью оскорить и ихъ; что если даже принять, что жалобщики въ первоначальныхъ своихъ требованіяхъ, заключавшихся въ просьбѣ получить *справедливое для нихъ удовлетвореніе* (la juste réparation à eux due), не выразились формально, что они считаютъ себя лично обиженными помянутыми обвиненіями,—тѣмъ не менѣе солидарность ихъ въ преслѣдованіи оскорбленія вытекаетъ какъ изъ самаго факта, составляющаго предметъ преслѣдованія, такъ и изъ нравственнаго наслѣдія чести и достоинства, переходящихъ по природѣ отъ отца къ дѣтямъ; что это соображеніе оправдывается L. I. § 6. D., опредѣляющей, что обида, нанесенная умершему отражается на достоинствѣ того, кто продолжаетъ его личность: „*spectat enim ad extistimationem nostram si qua ei fit injuria*;“ что это ученіе вполнѣ справедливое (profondément vraie); что оно начертано въ непоколебимыхъ законахъ природы, и что сынъ или дочь не поняли бы ихъ, еслибы не чувствовали обиды, нанесенной ихъ отцу, какъ отражающейся на нихъ самихъ; принимая во вниманіе, что въ виду помянутыхъ обстоятельствъ и соображеній все объясняется легко въ пользу примѣненія вызванныхъ дѣломъ законовъ; что, не вдаваясь въ настоящемъ случаѣ въ разсмотрѣніе того, относится ли слово *personne*, употребленное въ ст. 13 зак. 17 мая 1819 и къ лицу умершему, тѣмъ не менѣе ясно, что выраженіе это во всей своей силѣ относится къ дѣтямъ-жалобщикамъ, для которыхъ обида, переходя отъ умершаго къ живому, сдѣлалась личнымъ оскорбленіемъ;—что тоже самое относится къ словамъ *le particulier*, *tout particulier*, или *la partie qui se prétendra lésée*, употребленныя въ законѣ 26 мая 1819 года; что выраженія эти прямо относятся къ дѣтямъ, которыя по необходимой связи дѣйствительно поражены въ одно и тоже время какъ и родитель ихъ диффамаціей, направленной противъ послѣдняго; принимая во вниманіе, что изъ всего вышеизложеннаго слѣдуетъ, что анжерская императорская палата, отказываясь примѣнить къ дочерямъ умершаго Лепренсъ, статьи, охраняющія ихъ личное право, прямо нарушила статьи вышеприведеннаго закона;—*кассируетъ*“ и т. д.

Въ приведенныхъ нами преніяхъ, происходившихъ во французскомъ касаціонномъ судѣ, вопросъ о наказуемости оскорбленій, нанесенныхъ лицамъ, уже умершимъ, и о правѣ наслѣдниковъ ихъ на вчинаніе уголовнаго иска противъ обидчиковъ разсмотрѣнъ, какъ изъ вышеизложеннаго видно, довольно подробно, не смотря на то, что дѣло шло о разъясненіи положительнаго французскаго права. Можно сказать, что почти всѣ теоретическіе доводы за и противъ наказуемости этихъ оскорбленій сторонами не оставлены безъ разсмотрѣнія. Попробуемъ теперь, прежде чѣмъ обсудить возбужденный вопросъ по русскимъ законамъ, сдѣлать сводъ тѣхъ началъ, которыя должны быть приняты въ руководство при разсмотрѣніи оскорбленій, нанесенныхъ лицамъ, уже умершимъ.

Въ чемъ слѣдуетъ видѣть истинное основаніе наказуемости помянутаго дѣянія? Очевидно, что оскорблять, въ буквальномъ смыслѣ этого слова, лицо, уже *умершее*, нельзя; оскорбленіе, по самому свойство своему, можетъ быть нанесено только лицу живущему, способному чувствовать и сознавать обиду. Въ этомъ отношеніи совершенно права была защита, утверждавшая, „что никакое другое преступленіе такъ не обусловлено существованіемъ *живаго* лица, способнаго чувствовать и жаловаться, какъ диффамація и обида.“ Было бы безразсудно настаивать на томъ, что оскорбленіе, нанесенное умершему, нарушаетъ честь послѣдняго.

Но изъ этого нисколько еще не слѣдуетъ, чтобы самое дѣяніе было законнымъ. Истинная тяжесть оскорбленій противъ умершихъ заключается не въ обидѣ послѣднимъ нанесенной, а въ оскорбленіи законныхъ наслѣдниковъ имени и достоинства усопшаго. Это основаніе, такъ рельефно выраженное и такъ вѣрно схваченное римскими юристами, составляетъ единственный базисъ, на которомъ можетъ быть безопасно построена наказуемость этого преступленія и въ новое время. Доводы, построенные на этомъ мотивѣ, поражаютъ своею вѣрностью и удовлетворяютъ какъ чувство справедливости, такъ и чувство нравственное; кассаціонный судъ имѣлъ полное право въ рѣшеніи своемъ съ особенною силою налечь

лицу на это глубокое и разумное основаніе наказуемости диффамаціи и оскорбленій, нанесенныхъ хотя и умершему, но, въ сущности, отражающихся на его наслѣдниковъ, на носителей его имени и чести. Великая нравственная сила кроется въ словахъ жалобщиковъ, справедливо указывающихъ, что „нельзя напасть на умершаго, не затрогивая въ то же время и его наслѣдниковъ; что между поколѣніями, слѣдующими другъ за другомъ, устанавливается единство чести, составляющее результатъ цѣлаго ряда благородныхъ дѣяній и что нужно было бы жалѣть о странѣ и о времени, въ которыхъ въ чувствѣ семейной чести стали бы видѣть предразсудокъ!“ Итакъ, въ томъ, что оскорбленія эти затрогиваютъ и поражаютъ *живущихъ* наслѣдниковъ умершаго слѣдуетъ видѣть основаніе и законность наказуемости диффамаціи и обиды, нанесенныхъ лицу умершему.

Но право наслѣдниковъ не безусловное: оно должно уступать въ извѣстныхъ случаяхъ интересамъ общества. Какъ вездѣ въ уголовной сферѣ, такъ и здѣсь интересъ личности приносится въ жертву цѣлямъ общественнымъ. Нельзя отнимать права у историковъ и моралистовъ разбирать, а иногда и горько осуждать личностей, посвятившихъ жизнь свою общественной дѣятельности. Здѣсь должна быть предоставлена полная свобода правдѣ и критикѣ; поэтому иски объ обидѣ со стороны наслѣдниковъ публичнаго дѣятеля, подвергшагося строгой исторической критикѣ, немыслимы. Частное, семейное честолюбіе не должно смѣть заявлять свои права при столкновеніи съ общественною пользою.

Единственная область, гдѣ дѣйствуетъ вышеозначенное право наслѣдниковъ умершаго, есть сфера частныхъ интересовъ. Жизнь частная свободна отъ вмѣшательства государства; отъ частнаго человѣка зависитъ создать себѣ чистую, безпорочную и честную жизнь, и чѣмъ больше труда и терпѣнія лицо употребило для пріобрѣтенія (иногда не легкаго!) добраго и честнаго имени, тѣмъ горьче и больнѣе видѣть, когда его топчутъ въ грязь и несправедливо уничтожаютъ. Но и здѣсь право наслѣдниковъ не безусловное. Какъ все на свѣтѣ дряхлѣетъ и пропадаетъ, такъ точно вя-

нетъ и исчезаетъ память о слабыхъ смертныхъ. Должно настать и такое время, когда и о частномъ человѣкѣ позволительно говорить и разсуждадь свободно; наслѣдники не вѣчно же нуждаются въ имени своего родоначальника, а напротивъ сами должны создавать и пріобрѣтать себѣ таковое. На этомъ основаніи во многихъ законодательствахъ существуетъ весьма вѣрное и справедливое правило, что по истеченіи повѣстнаго періода времени послѣ смерти частнаго лица, обиды, ему нанесенныя, остаются безъ преслѣдованія и наказанія [1]).

Съ точки зрѣнія русскаго положительнаго права вопросъ о наказуемости оскорбленій, нанесенныхъ лицамъ уже умершимъ, разрѣшается въ изъясненномъ нами смыслѣ, затрудненія могутъ возникнуть только относительно того, кому принадлежитъ право преслѣдованія за такія обиды. Хотя Улож. о Наказ. изд. 1866 года, равно какъ и Уст. о Наказ. 1864 г. не содержатъ въ себѣ прямаго указанія на разсматриваемый нами предметъ, но исторія согласованія Уложенія по изданію 1857 г. съ названнымъ Уставомъ даетъ возможность достигнуть положительныхъ результатовъ. Въ 1 ч. XV т. въ ст. 2091 предусмотрѣнъ былъ случай словеснаго или письменнаго оскорбленія лица или жены его, или членовъ его семейства, *хотя бы уже умершихъ*, а въ сравнительномъ указателѣ къ Уложенію по изд. 1866 г. значится, что статья эта замѣнена 130 ст. Уст. о Наказ. 1864 г., которая предусматриваетъ „нанесеніе обиды на словахъ или на письмѣ“ безъ всякаго различія, кому она нанесена. Очевидно, что источникъ этой статьи дѣлаетъ ее примѣнимой и къ оскорбленіямъ, нанесеннымъ лицамъ уже умершимъ. На такое примѣненіе, сверхъ того, даетъ еще право 1535 ст. Улож. 1866 г., наказывающая не только за непосредственное оклеветаніе кого-либо въ бумагѣ, поданной присутственному мѣсту или чиновнику, но и за то же преступленіе, совершенное въ отношеніи *жены* или *членовъ семейства* жалобщика. Очевидно,

1) См. *Abegg*, Beiträge zu der Lehre von strafbaren Handlungen in Beziehung auf Verstorbene (Ar. des CR. 1844 стр. 499 и слѣд.).

что законъ во всѣхъ этихъ случаяхъ видитъ оскорбленіе не только одного лица, но и тѣхъ, кои тѣсно съ нимъ соединены родствомъ.

За какихъ же это членовъ семейства, *хотя уже умершихъ*, какъ говоритъ 2091 ст. 1 ч. XV т., можно заступаться и требовать уголовнаго преслѣдованія? Вопросъ этотъ разрѣшается примѣчаніями къ 1535 и 1539 ст. Улож. изд. 1866 г. Дѣла о нанесеніи личныхъ обидъ и оскорбленій, равно какъ о клеветѣ и распространеніи оскорбительныхъ для чести сочиненій, изображеній или слуховъ начинаются неиначе, какъ по жалобамъ *самихъ оскорбленныхъ*, или же *супруговъ ихъ*; *родителей* или *опекуновъ*. Такимъ образомъ, по отношенію къ нашему вопросу, т. е. къ преслѣдованію оскорбленій, нанесенныхъ умершимъ, таковое возможно лишь тогда, когда оскорблены умершіе: 1) мужъ или жена; 2) дѣти и 3) опекаемые. Отсюда слѣдуетъ далѣе, что за оскорбленіе умершихъ родителей, напр., дѣти не могутъ преслѣдовать обидчиковъ, равно какъ таковой искъ не возможенъ со стороны брата или другаго боковаго родатвенника; наконецъ, этого права лишены наслѣдники по завѣщаніямъ, въ родствѣ не состоящіе.

Нельзя не замѣтить крайней неудовлетворительности постановленій нашего закона относительно предоставленія права уголовнаго преслѣдованія за оскорбленіе умершаго. Оказывается, что тамъ гдѣ это преслѣдованіе, повидимому, имѣетъ за собою всѣ основанія справедливости и морали, напр. со стороны дѣтей по отношенію къ оскорбленіямъ, нанесеннымъ ихъ родителю,—права этого не существуетъ. Отецъ можетъ вчинать уголовный искъ за обиду, нанесенную его умершему сыну; сынъ же этого права лишенъ, между тѣмъ какъ обыкновенно доброе имя и честь идутъ не снизу вверхъ, а сверху внизъ. Равнымъ образомъ, несправедливо лишать того права родныхъ братьевъ и сестеръ, равно какъ и наслѣдниковъ по завѣщанію, коимъ нравственный долгъ весьма часто диктуетъ эту обязанность....

С. Ш.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА.

I.

Рѣшеніе Московской Судебной Палаты *по вопросу о томъ, какое значеніе имѣетъ въ дѣлахъ объ оскорбленіи должностнаго лица то обстоятельство, что лицо то превысило власть свою и дѣйствовало неправильно.*

1867 года іюля 6-го дня. По указу Его Императорскаго Величества, Московская Судебная Палата, по Уголовному Департаменту, въ публичномъ судебномъ засѣданіи, происходившемъ подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя Департамента А. Н. Шахова, въ составѣ членовъ: Н. Н. Прейса, А. И. Котляревскаго и П. Г. Извольскаго, при товарищѣ прокурора Палаты А. А. Шахматовѣ и секретарѣ П. Н. Грековѣ, слушала: 1) частное дѣло, возникшее по протесту прокурора Тульскаго Окружнаго Суда на рѣшеніе сего суда по дѣлу о крестьянинѣ Ѳадѣевѣ, судимомъ за оскорбленіе дѣйствіемъ волостнаго старшину Зимина, и 2) заключеніе исправляющаго должность прокурора палаты. Изъ дѣла сего видно: волостному старшинѣ, Никитской волости, Епифанскаго уѣзда, Зимину поручено было озаботиться скорѣйшимъ сборомъ съ крестьянъ с. Горокъ выкупной недоимки, для пополненія которой онъ, въ мартѣ мѣсяцѣ 1866 года, и распорядился продать овецъ, принадлежащихъ недоимщикамъ. Когда проданы были овцы недоимщика Андрея Ильина Ѳадѣева, онъ не захотѣлъ отдать ихъ покупщику. Вслѣдствіе этого волостной старшина Зиминъ отправился къ нему на дворъ, но Ѳадѣевъ въ сѣняхъ загородилъ ему дорогу. Старшина хотѣлъ оттолкнуть Ѳадѣева, послѣдній отвѣчалъ ему тѣмъ же. Разсердившись, старшина далъ за это Ѳадѣеву пощечину, а Ѳадѣевъ уда-

рилъ его по головѣ, сбилъ съ него шапку и схватилъ за волосы, но добросовѣстный, Маркеллъ Гавриловъ до драки ихъ не допустилъ. Хотя Андрей Ѳадѣевъ ни на предварительномъ слѣдствіи, ни на судѣ не сознался въ оскорбленіи дѣйствіемъ старшины Зимина, но фактъ этотъ, какъ вышеизложенъ, подтвержденъ двумя свидѣтелями-очевидцами, крестьянами Гавриловымъ и Страховымъ. При разрѣшеніи дѣла сего, Тульскій Окружный Судъ прежде всего постановилъ себѣ слѣдующій вопросъ, былъ ли или не былъ Зиминъ при отправленіи своихъ служебныхъ обязанностей въ то время, когда ему нанесъ оскорбленіе Ѳадѣевъ? Обсудивъ этотъ вопросъ, судъ нашелъ, что старшина не имѣлъ права собственною властію назначать и производить продажу имущества недоимщиковъ, что самый порядокъ производства продажи былъ неправиленъ, и что затѣмъ дѣйствія Зимина не могутъ быть признаны за дѣйствія служебныя волостнаго старшины. Далѣе, судъ призналъ, что еслибы все предшествовавшее приходу старшины въ домъ Ѳадѣева, было признано правильнымъ, то и въ такомъ случаѣ всякое неприличное съ его стороны дѣйствіе, а тѣмъ болѣе подобное настоящему, должно было лишить его оффиціальнаго характера, такъ какъ должностное лицо только тогда можетъ быть признано при отправленіи своихъ обязанностей, когда оно само находится въ предѣлахъ предоставленнаго ему права и приличія, ибо немыслимо отправленіе должности, сопровождающееся побоями, нанесенными должностнымъ лицомъ, или другими какими-либо неприличными дѣйствіями. Принявъ вслѣдствіе сего оскорбленіе между Ѳадѣевымъ и Зиминымъ за обоюдное, Окружный Судъ 19-го мая сего года, на осн. 1 п. 138 ст. Уст. о Нак. нал. Мир. Суд., призналъ перваго невиновнымъ въ оскорбленіи послѣдняго. Это рѣшеніе опротестовано прокуроромъ Тульскаго Окружнаго Суда, изложившимъ въ своемъ протестѣ, что такой взглядъ суда и вытекающее изъ него рѣшеніе онъ признаетъ неправильнымъ по слѣдующимъ основаніямъ: во 1-хъ, хотя бы старшина Зиминъ, во время оскорбленія его Ѳадѣевымъ, и вышелъ изъ предѣловъ предоставленной ему власти, тѣмъ не менѣе онъ дѣйствовалъ въ кругѣ своего вѣдомства, и дѣйствія его относились до лица и предметовъ, ему подвѣдомственныхъ. Всякое злоупотребленіе, всякая неправильность въ этомъ отношеніи не могли отнимать у него дѣйствій характера и значенія распоряженій по службѣ лица должностнаго. Если смотрѣть на дѣло иначе, т.-е. допустить, что должностное лицо, позволившее себѣ неправильность въ какомъ либо распоряженіи по службѣ, чрезъ то самое перестаетъ уже въ это время быть лицомъ должностнымъ и дѣлается частнымъ, то тогда бы не существовало преступленій по

должности и пришлось бы оставить безъ примѣненія весь отдѣлъ уложенія „о преступленіяхъ по службѣ государственной и общественной.“ Когда же самъ законъ признаетъ возможность преступленій или проступковъ при отправленіи должности, опредѣляя за нихъ виновнымъ отвѣтственность, какъ лицамъ должностнымъ, и притомъ отвѣтственность часто совершенно спеціальную (выговоръ, замѣчаніе, вычетъ изъ времени службы и т. п.), то за симъ и для суда не было основанія считать въ настоящемъ случаѣ Зимина за лицо частное. Въ противномъ случаѣ, будучи послѣдовательнымъ, и его пришлось бы судить, при привлеченіи къ отвѣтственности, какъ лицо частное. Во 2-хъ, на основаніи тѣхъ же соображеній неприличіе въ поведеніи и оскорбленіе, нанесенное самому Ѳадѣеву, не отнимали у Зимина оффиціальнаго значенія, ибо обида, при отправленіи должности, составляетъ проступокъ по должности и влечетъ отвѣтственность для виновнаго, какъ лица должностнаго. Въ 3-хъ, руководствоваться въ дѣлахъ подобнаго рода тѣми соображеніями, которыя приводитъ судъ, значило бы предоставлять частному лицу опредѣленіе того,—дѣйствовало ли должностное лицо правильно, въ кругѣ своихъ обязанностей, въ предѣлахъ своей власти, и не совершило ли оно преступленія по должности, которое бы давало право смотрѣть на него и обращаться съ нимъ, какъ съ лицомъ частнымъ. Признавъ за симъ, что къ настоящему дѣлу не можетъ быть примѣненъ, приведенный Окружнымъ Судомъ, 1 п. 138 ст. Уст. о Нак., нал. Мир. Суд., что Ѳадѣевъ, какъ вполнѣ изобличенный въ оскорбленіи волостнаго старшины дѣйствіемъ, долженъ подлежать наказанію по 1 отд. 288 ст. Ул. о Нак., и что поступки волостнаго старшины Зимина должны быть переданы на разсмотрѣніе его начальства, прокуроръ Тульскаго Окружнаго Суда полагалъ: крестьянина Ѳадѣева подвергнуть опредѣленному приведеннымъ закономъ наказанію въ низшей мѣрѣ, т.-е. тюремному заключенію на два мѣсяца, такъ какъ Ѳадѣевъ былъ вызванъ на оскорбленіе самимъ старшиною. Разсмотрѣвъ дѣло это и находя, согласно съ соображеніями, приведенными въ протестѣ прокурора Тульскаго Окружнаго Суда и заключеніемъ исправляющаго должность прокурора Палаты, что хотя взысканіе недоимки съ крестьянина Ѳадѣева и не соотвѣтствовало установленнымъ въ законѣ правиламъ, но это еще не отнимало у Зимина оффиціальнаго его значенія, какъ старшины, и не устраняло въ предпринятомъ имъ по означенному предмету распоряженія характера отправленія служебныхъ обязанностей и что по сему Ѳадѣевъ, какъ изобличаемый свидѣтельскими показаніями, виновенъ въ оскорбленіи дѣйствіемъ старшины Зимина, при исполненіи имъ обязанностей по служ-

бѣ, — Судебная Палата не можетъ однакожъ признать правильнымъ выводъ прокурора Окружнаго Суда, что за этотъ проступокъ, предусмотрѣнный 288 ст. Ул. о Нак., слѣдуетъ назначить Ѳадѣеву низшую мѣру постановленнаго въ семъ законѣ наказанія (заключеніе въ тюрьмѣ на время отъ 2-хъ до 8 мѣсяцевъ), ибо по точному смыслу послѣдняго отдѣла 288 ст. наказаніе это, если оскорбленіе нанесено подвѣдомственнымъ оскорбленному лицомъ — каковымъ былъ Ѳадѣевъ по отношенію къ Зимину — назначается во всякомъ случаѣ въ высшей мѣрѣ. Затѣмъ принимая во вниманіе, что Ѳадѣевъ, при нанесеніи Зимину оскорбленія, былъ вызванъ на это самимъ Зиминымъ, который первый его толкнулъ и первый же далъ ему пощечину, Палата находитъ справедливымъ, по руководству 774 ст. Уст. Уг. Суд., смягчить слѣдующее Ѳадѣеву по 288 ст. Ул. наказаніе на двѣ степени и вслѣдствіе того назначить ему таковое по 2 степ. 39 ст. того же Уложенія, но въ высшей мѣрѣ. Посему и на основаніи приведенныхъ законовъ, а равно ст. 56 Ул. о Наказаніяхъ, Судебная Палата опредѣляетъ: подсудимаго крестьянина Андрея Ильина Ѳадѣева (42 лѣтъ), подвѣдомственнаго волостному старшинѣ Зимину, за оскорбленіе сего послѣдняго дѣйствіемъ, при исполненіи имъ служебныхъ обязанностей, подвергнуть аресту при становой квартирѣ на три недѣли; за симъ рѣшеніе Тульскаго Окружнаго суда, состоявшееся 19-го мая сего сода, отмѣнить.

II.

Опредѣленіе Московской Судебной Палаты отъ 6-го іюля 1867 г. *въ разъясненіе ст. 1660 Улож. о Наказ. изд. 1866 года.*

Палата слушала частное производство по жалобѣ отставнаго рядоваго Михаила Казачинскаго на опредѣленіе тверскаго окружнаго суда о подсудности дѣла по обвиненію Казачинскаго въ кражѣ бѣлья на 1 р. у мѣщанки Кузнецовой. Изъ производства сего видно: вышневолоцкій мировой судья, основываясь на ст. 1660 Улож. о нак., передалъ тамошнему судебному слѣдователю дѣло о кражѣ отставнымъ рядовымъ Казачинскимъ бѣлья по оцѣнкѣ на 1 руб. у мѣщанки Кузнецовой, такъ какъ Казачинскій уже прежде былъ осужденъ и наказанъ за кражу со взломомъ. Судебный слѣдователь, принявъ съ своей стороны во вниманіе, что по смыслу 8 п. 170 ст. Уст. о наказ., нал. мир. судьями, за повтореніе однимъ и тѣмъ же лицомъ кражи — наказаніе налагается мировыми судьями, и что только за кражу въ третій разъ наказаніе за оную, по 2 п. 181 ст. того же Уст., по приговору общихъ судебныхъ мѣстъ, а потому, приз-

навъ, что вышневолоцкому мировому судьѣ не было необходимости обращаться къ 1660 ст. Улож. и на этомъ основаніи отклонять отъ себя разбирательство дѣла о Казачинскомъ, представилъ обстоятельство это на разрѣшеніе тверскаго окружнаго суда. Въ разрѣшеніе пререканія сего окружной судъ постановилъ, 19-го мая сего года, частное опредѣленіе, коимъ призналъ дѣло о кражѣ Казачинскимъ бѣлья подсуднымъ окружному суду на томъ основаніи, что Казачинскій, бывъ уже подвергнутъ наказанію за кражу со взломомъ, въ случаѣ признанія его виновнымъ въ совершеніи кражи бѣлья долженъ будетъ, по точному смыслу 1660 ст. Улож. о наказ., подлежать наказанію, опредѣленному за важнѣйшую изъ кражъ, въ коихъ онъ былъ изобличенъ прежде и изобличается въ настоящемъ дѣлѣ. На это опредѣленіе окружнаго суда Казачинскій жалуется судебной палатѣ, ходатайствуя объ отмѣнѣ онаго и о признаніи дѣла о кражѣ бѣлья у мѣщанки Кузнецовой подсуднымъ мировому судьѣ.— Выслушавъ заключеніе исправляющаго должность прокурора, судебная палата находитъ, что во 2 п. 181 ст. Уст. о нак. нал. мир. суд., исчислены, съ указаніемъ на подлежащія статьи Улож. о нак., тѣ случаи, при которыхъ дѣла о кражахъ не могутъ подлежать разбирательству мировыхъ судей и наказаніе виновнымъ въ этого рода преступленіяхъ должно быть опредѣляемо по приговорамъ общихъ судебныхъ мѣстъ, но въ ряду этихъ статей и случаевъ статья 1660 Улож. о нак. изд. 1866 года (2247 ст. по изд. 1857 г.) не значится. Изъ сего, а равно изъ смысла 170 ст. Уст. о нак., нал. мир. суд., въ 8 п. которой говорится безразлично объ осужденныхъ однажды за кражу, слѣдуетъ заключить, что статья 1660 можетъ имѣть приложеніе лишь при повтореніи такого рода кражъ, дѣла о которыхъ разсматриваются исключительно въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, и что кражи безъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ, при которыхъ онѣ подсудны этимъ мѣстамъ, не изъемлются изъ вѣдомоства мировыхъ судей на томъ только основаніи, что совершившій былъ однажды наказанъ за кражу болѣе важную.— По симъ соображеніямъ, признавая, что дѣло по обвиненію отставнаго рядоваго Михаила Казачинскаго въ кражѣ бѣлья у мѣщанки Кузнецовой подлежитъ разбирательству мироваго судьи, судебная палата *опредѣляетъ*: состоявшееся 19 мая сего года въ тверскомъ окружномъ судѣ опредѣленіе, какъ несогласное съ смысломъ вышеприведенныхъ законовъ Устава о нак., нал. мир. суд., отмѣнить, предписавъ окружному суду передать означенное дѣло о рядовомъ Казачинскомъ на разбирательство мѣстнаго мироваго судьи.

Ст. 1660 Уложенія, подавшая поводъ къ сейчасъ помѣщенному опредѣленію Московской Судебной Палаты, говоритъ слѣдующее: *Когда учинившій кражу во второй или третій разъ подвергался предъ тѣмъ наказанію за кражу или кражи другаго рода, болѣе или менѣе противъ настоящей важныя, то онъ приговаривается къ наказанію, опредѣленному закономъ за учиненіе во второй или въ третій разъ кражи важнѣйшей по роду и обстоятельствамъ изъ всѣхъ тѣхъ, въ коихъ онъ былъ изобличенъ прежде и изобличается въ настоящемъ дѣлѣ.*

Основный смыслъ этой статьи ясенъ: въ случаѣ совершенія двухъ или трехъ кражъ, кража или кражи менѣе тяжкія приравниваются по своимъ послѣдствіямъ для прежде наказаннаго преступника къ наиболѣе тяжкой кражѣ. Одно тутъ неопредѣленно— это объемъ и характеръ преступленій, на которые распространяется сила статьи. Сказано: когда совершившій новую кражу подвергся прежде наказаніямъ за „кражу или кражи другаго рода, *болѣе или менѣе* противъ настоящей важныя.“ Подъ эту статью, взятую отдѣльно отъ другихъ законовъ о томъ же предметѣ, можно подвести всякій безъ исключенія случай кражи, какого бы свойства сама она ни была и какого бы свойства ни были предшествующія ей кража или кражи. Такъ понимала и примѣняла эту статью судебная практика прежняго времени. Но въ то время не было различія между общими судебными установленіями и мировыми, и рядомъ съ Уложеніемъ не дѣйствовалъ Уставъ о Наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями. Неопредѣленность редакціи ст. 1660 Уложенія изд. 1866 г. объясняется тѣмъ, что она цѣликомъ взята изъ всеобъемлющаго Уложенія 1857 г. (гдѣ она соотвѣтствуетъ ст. 2247). Но мы знаемъ, что послѣдующее законодательство внесло новыя различія при оцѣнкѣ преступленій вообще и въ особенности кражи, и что этими различіями опредѣляется и подсудность: по самому существу дѣла, Уставъ во многомъ долженъ былъ ограничить пространство дѣйствія Уложенія. Итакъ, если неопредѣленность пространства ст. 1660 Уложенія объясняется съ одной стороны ея происхожденіемъ, съ другой — измѣненнымъ значеніемъ Уложенія, то для опредѣленія точныхъ границъ этой статьи необходимо обратиться къ Уставу о наказаніяхъ, нал. мир. судьями.

Ст. 187 этого Устава говоритъ слѣдующее:

Наказаніе за кражу, мошенничество и присвоеніе или растрату чужаго имущества опредѣляется виновнымъ по приговорамъ *общихъ* судебныхъ мѣстъ:

1) *Когда эти преступныя дѣйствія совершены дворянами, священно-служителями, монашествующими или почетными гражданами во всѣхъ безъ изъятія случаяхъ, и*

2) *Когда они совершены лицами другихъ сословій въ третій разъ, или хотя и въ первый или второй, но на сумму свыше трехъ сотъ рублей, или при обстоятельствахъ, предусмотрѣнныхъ въ статьяхъ 254—262, 263 (ч. 2)—266, 268, 2226—2234, 2240, 2244, 2253 (ч. 2), 2254, 2259, 2262 и 2263 Уложенія о Наказаніяхъ* [1]).

Въ этой статьѣ исчислены и случаи по своему характеру прямо подсудные общимъ судебнымъ мѣстамъ, и случаи собственно подсудные мировымъ судьямъ, но изъ вѣдомства этихъ послѣднихъ изъятые по разнымъ обстоятельствамъ. Затѣмъ, въ послѣдней части п. 2 законодатель указываетъ всѣ статьи Уложенія 1857 г., которыя, опредѣляя самостоятельные виды и роды преступленій подсудные новымъ общимъ судамъ, могли перейдти въ новое изданіе Уложенія безъ измѣненій. Но ни въ одной изъ этихъ категорій статья 1660 Ул. 1866 г. не нашла себѣ мѣста, несмотря на то, что она дословно повторяетъ ст. 2247 Ул. 1857 г. Эта статья Уложенія и случай въ ней предусмотрѣнный оказываются опущенными въ той самой статьѣ Устава, которая опредѣляетъ подсудность общихъ судебныхъ установленій во *всемъ* ея объемѣ. Что такова именно была цѣль законодателя—въ этомъ убѣждаютъ насъ и самая редакція ст. 181 и соображенія, вызвавшія ее: въ мотивахъ къ этой статьѣ сказано, что „для бо́льшей ясности, признано полезнымъ исчислить въ этой статьѣ и *всѣ* вообще случаи, когда дѣла о кражѣ и мошенничествѣ не подлежатъ вѣдомству мировыхъ учрежденій" (Уставы, изд. Госуд. Канцеляріи, ч. IV стр. 79).

Въ виду этого заявленія законодательной мысли, въ виду того, что ст. 181 тщательно исчисляетъ всѣ случаи, о подсудности которыхъ общимъ судамъ не могло быть ни малѣйшаго сомнѣнія, и что, слѣдовательно, въ высшей степени странно было бы не упомянуть о случаѣ, когда преступленіе, по существу своему собственно подсудное мировому судьѣ, *превращается* въ одно изъ самыхъ тяжкихъ преступленій подсудныхъ общимъ судамъ—въ виду всего этого мы по необходимости приходимъ къ тому заключенію, что законодатель намѣренно опустилъ ст. 1660 при исчисленіи случаевъ, изъятыхъ изъ вѣдомства мировыхъ учрежденій. Не упоминая о ст. 1660 Уложенія въ ст. 181 Устава, законодатель этимъ самымъ указалъ, что ст. 1660 онъ причисляетъ не къ статьямъ, опредѣляющимъ или даже измѣняющимъ

---

[1]) Этимъ статьямъ Уложенія 1857 г. въ Уложеніи 1866 соотвѣтствуютъ статьи: 220—228, 230—232, 234, 1645—1653, 1657, 1658, 1668, 1669, 1670, 1672 и 1673.

подсудность преступленія, а къ статьямъ, излагающимъ лишь обстоятельства увеличивающія тяжесть преступленія, *котораго подсудность опредѣлена другими статьями тогоже закона.* Далѣе, не упомянувъ о ст. 1660 въ связи съ другими статьями, законодатель этимъ самымъ ограничилъ пространство этой статьи, хотя текстъ ея противъ изданія 1857 года остался безъ измѣненій. Съ того момента какъ вступилъ въ дѣйствіе Уставъ о Наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, слова ст. 1660 „когда учинившій кражу во второй или третій разъ подвергался предъ тѣмъ наказанію за кражу или кражи другаго рода, *болѣе или менѣе* противъ настоящей важныя" — получаютъ болѣе ограниченный смыслъ и объемъ. Отнынѣ правило, изложенное въ этой статьѣ, примѣнимо не ко всякимъ случаямъ кражи безъ разбора, а лишь къ тѣмъ случаямъ, когда по крайней мѣрѣ двѣ кражи, по своему характеру подсудны общимъ судебнымъ мѣстамъ: тутъ менѣе тяжкая или тяжкія кражи будутъ приравниваться къ наиболѣе тяжкой. И такое ограниченіе сферы примѣненія ст. 1660 не повлечетъ за собой никакихъ неудобствъ: съ одной стороны и случаи кражи, подсудные общимъ судебнымъ мѣстамъ, образуютъ собой цѣлую скалу родовъ и видовъ, такъ что превращеніе менѣе тяжкой кражи въ болѣе тяжкую даже въ этихъ суженныхъ предѣлахъ не будетъ пустой угрозой; съ другой стороны — при повтореніи кражи въ родѣ дѣла Казачинскаго, мировой судья, вооруженный 8 пунктомъ ст. 170 Устава, можетъ наложить вполнѣ дѣйствительное и соразмѣрное наказаніе.

По всѣмъ этимъ основаніямъ мы не можемъ не признать опредѣленія Московской Судебной Палаты, вызвавшаго нашу замѣтку, вполнѣ правильнымъ, и считаемъ толкованіе, данное этимъ опредѣленіемъ статьѣ 1660, за немаловажное пріобрѣтеніе нашей небогатой юриспруденціи по предмету кражи, т.-е. по самому казуистическому отдѣлу нашего казуистическаго Уложенія.

Въ заключеніе считаемъ не лишнимъ сказать, что это опредѣленіе вызвало критику, помѣщенную въ видѣ руководящей статьи въ № 163 *Судебнаго Вѣстника* за нынѣшній годъ. Мы выставимъ доводы автора статьи въ томъ порядкѣ, въ какомъ самъ онъ ихъ приводитъ.

1) Критикъ начинаетъ съ того, что ст. 1660 Уложенія въ случаѣ повторенія кражи, причемъ одна была простая, а другая квалифицированная — приравниваетъ первую къ послѣдней. Но весь вопросъ въ томъ: такъ ли оно на самомъ дѣлѣ? То, что должно явиться еще результатомъ критическаго анализа, никоимъ образомъ не можетъ служить для него точкой отправленія.

2) Критикъ говоритъ: какъ ни странно это приравненіе, но оно основано на „весьма раціональномъ" предположеніи, что воръ,

попавшійся во второй или третьей кражѣ, есть воръ по ремеслу, только полиція его поймать не могла въ интервалахъ и т. д. Самъ критикъ находитъ такую аргументацію „не вполнѣ убѣдительной.“ Этого мало, въ ней выражается чисто-полицейскій взглядъ, противорѣчащій коренному началу уголовнаго права, по коему всякое сомнѣніе истолковывается въ пользу преступника. *In dubiis mitius.*

3) Критикъ продолжаетъ: законодателю не было никакой надобности указывать на ст. 1660 Уложенія въ ст. 181 Устава, ибо ст. 1660 есть „опредѣлительная, *дефиниція.*“ Почему ст. 1660 есть преимущественно передъ другими дефиниція и почему это должно было мѣшать ей попасть въ ст. 181—остается неяснымъ.

4) Критикъ, далѣе, настаиваетъ: „мало того, законодатель *не* „*могъ* ее исчислить по слѣдующей причинѣ. Еслибы законода-„тель исчислилъ ее въ ст. 181 мир. Уст., то этимъ бы онъ, ко-„нечно, сказалъ: что если виновный въ кражѣ предъ этимъ „былъ наказанъ за другую кражу высшаго разряда, то онъ „подсуденъ общимъ судебнымъ мѣстамъ, а не мировому судьѣ. „Но такого значенія вовсе не имѣетъ ст. 1660 во всѣхъ слу-„чаяхъ, а только въ тѣхъ, когда одна изъ нѣсколькихъ кражъ „сама по себѣ подсудна Окружному Суду.“ Послѣднее совершенно справедливо, но не забудемъ, что ст. 1660 *сама по себѣ* еще не даетъ права на такое ограничительное толкованіе. Самъ по себѣ взятый, грамматическій смыслъ этой статьи таковъ, что подъ нее могли бы быть подведены даже тѣ случаи, которые, однако, самимъ критикомъ и всѣми русскими юристами изъемлются изъ ея области. Такимъ образомъ, мы приходимъ къ необходимости искать ограниченій *первоначальнаго* смысла статьи Уложенія внѣ Уложенія, т. е. допустить толкованіе Уложенія посредствомъ Устава. Если такъ, то малѣйшее указаніе въ Уставѣ, будь оно положительнаго или только отрицательнаго свойства, должно имѣть рѣшительное значеніе въ вопросѣ объ опредѣленіи *настоящаго* пространства ст. 1660. Такія указанія мы видимъ въ общихъ выраженіяхъ редакціи п. 8 ст. 170 Устава и въ молчаніи ст. 181 того же Устава о ст. 1660 Уложенія. Охотно допускаемъ что законодатель могъ не помѣстить ст. 1660 въ число статей упоминаемыхъ въ послѣдней части п. 2 ст. 181 Устава, но это, конечно, не помѣшало бы ему указать на ст. 1660 особо, прибавить нарочно для нея лишнюю рубрику къ числу помѣщенныхъ въ первой части того же пункта: если законодатель причислялъ ст. 1660 къ статьямъ, изъемлющимъ при извѣстныхъ условіяхъ кражу изъ вѣдомства мироваго судьи, онъ долженъ былъ оговорить это такъ или иначе въ ст. 181, статьѣ, прямое назначеніе которой есть именно исчисленіе всѣхъ случаевъ

подсудныхъ общимъ судебнымъ мѣстамъ. Однако, законодатель этого не сдѣлалъ. Отсюда слѣдуетъ, что въ ст. 1660 нельзя видѣть нормы, въ чемъ бы то ни было касающейся вопроса о подсудности дѣлъ о кражѣ.

5) Критикъ кончаетъ такимъ доводомъ: не имѣя права приговаривать къ арестантскимъ ротамъ, мировой судья не будетъ въ состояніи наложить наказаніе за повтореніе преступленія при условіяхъ, характеризующяхъ напр. дѣло Казачинскаго. Мы полагаемъ, что этотъ аргументъ самъ собою упраздняется, если все выше нами сказанное справедливо *).

Р.

---

*) Обсужденіе перваго рѣшенія Судебной Палаты отлагается до слѣдующей книжки „Юридическаго Вѣстника“. *Ред.*

КРИТИКА и БИБЛІОГРАФІЯ.

Mittermaier: Ueber den gegenwärtigen Zustand der Civilprozessgesetzgebung in Deutschland. Heidelberg 1867. (О современномъ положеніи законодательства по гражданскому судопроизводству въ Германіи, соч. *Миттермайера*).

Сочиненіе это, составленное изъ статей автора, помѣщенныхъ въ *Archiv für civilistische Praxis*, принадлежитъ къ числу послѣднихъ работъ неутомимаго и трудолюбиваго юриста, еще такъ недавно похищеннаго смертью. Зоркій глазъ Миттермейера не упускалъ изъ виду ни одного изъ явленій въ сферѣ законодательной по части уголовнаго и гражданскаго права, и всякій болѣе или менѣе важный законъ вызывалъ его обсужденіе, всегда сопровождавшееся опытными замѣчаніями; изъ такихъ отдѣльныхъ работъ по разнымъ частямъ уголовнаго и гражданскаго права составлялись постепенно своды богатаго и драгоцѣннаго матеріала, коимъ пренебрегать ни одинъ юристъ и законодатель не считаетъ себя вправѣ. Имя Миттермайера неразлучно связано съ успѣхомъ новыхъ законодательныхъ работъ въ Европѣ; онъ трудился не для одной Германіи, а работалъ для всѣхъ цивилизованныхъ народовъ; ни одинъ изъ современныхъ юристовъ не можетъ гордиться такою международною извѣстностью, какъ знаменитый Гейдельбергскій профессоръ, нынѣ ожидающій своего біографа и критика.

Разсматриваемое сочиненіе содержитъ въ себѣ изложеніе и оцѣнку законодательныхъ работъ по гражданскому судопроизводству въ Германіи. Но по плану, принятому авторомъ во всѣхъ своихъ трудахъ, законодательства прочихъ государствъ, въ особенности же тѣхъ, которыя представляютъ собою много новаго

и поучительнаго, не оставлены авторомъ безъ разсмотрѣнія; кромѣ того авторъ предпослалъ книгѣ своей краткій обзоръ исторіи гражданскаго процесса въ Германіи. Мы считаемъ въ высшей степени полезнымъ познакомить читателей съ этой книгой, вслѣдствіе чего и сообщаемъ довольно пространное изложеніе ея содержанія.

Во введеніи авторъ бросаетъ взглядъ на развитіе гражданскаго процесса въ Германіи въ теченіе послѣднихъ шестидесяти лѣтъ и изслѣдуетъ виды на осуществленіе идеи обще германскаго законодательства. Можно утверждать, говоритъ онъ, что ни одна страна (кромѣ, впрочемъ, Голландіи) не сдѣлала столько для научной обработки гражданскаго процесса, какъ Германія. Причину этого онъ видитъ въ тѣхъ особенностяхъ, которые образуютъ характеръ развитія науки права въ Германіи: нѣмецкіе ученые не ограничиваются опытомъ одной Германіи, а потому, работая надъ улучшеніемъ своего гражданско-процессуальнаго законодательства, обращаютъ вниманіе и на то, что въ другихъ странахъ и преимущественно во Франціи сдѣлано; кромѣ того, въ гражданско-процессуальныхъ работахъ нѣмецкихъ юристовъ обнаружилось ихъ отличіе отъ другихъ ученныхъ: въ то время, какъ англійскій юристъ, строго придерживаясь практики, собираетъ судебный матеріалъ и извлекаетъ изъ него нормы права, а французскій обработываетъ преимущественно съ практической стороны отдѣльные спорные вопросы процесса, нѣмецкій юристъ изслѣдуетъ каждый предметъ научно и изъ общихъ принциповъ. За то другія особенности развитія науки права въ Германіи сильно мѣшали улучшенію гражданско-процессуальнаго законодательства. Нѣмецкіе юристы слишкомъ мало обращаютъ вниманія на опыты, отношенія и требованія дѣйствительной жизни и выводятъ свои т. н. принципы путемъ отвлеченій, часто ни на чемъ не основанныхъ и совершенно произвольныхъ. Очень вредно еще то, что при изученіи иностранныхъ законодательствъ и учрежденій нѣмцы придерживаются сухихъ узаконеній, не изслѣдуя ни приложенія закона къ жизни, ни тѣхъ условій, отъ которыхъ зависѣло хорошее дѣйствіе его за границей. Этимъ объясняется односторонность, съ которою они понимали и подражали иностраннымъ гражданско-процессуальнымъ законамъ.

Въ 1810 году три писателя вліяли на научную обработку, установленіе принциповъ и разработку всего гражданскаго процесса. Это были Геннеръ (талантливѣйшій, но вмѣстѣ съ тѣмъ поверхностнѣйшій) Грольманъ (самый основательный) и Альмендингенъ (самый остроумнѣйшій изъ нихъ). Геннеръ именно выставилъ различіе между состязательнымъ и слѣдственнымъ началами. Какъ примѣръ законодательства, въ которомъ дѣйст-

вуетъ это послѣднее, приводили прусское, принявшее его подъ вліяніемъ идеи о правительственной опеки и устраненія адвокатовъ. Уже тогда вошло въ обычай въ сочиненіяхъ и лекціяхъ обращать вниманіе на прусскій процессъ.

Не менѣе вниманія обратилъ на себя французскій гражданскій процессъ, особенно съ тѣхъ поръ, какъ въ Вестфаліи былъ введенъ, хотя и съ существенными улучшеніями, французскій процессъ. Впослѣдствіи, когда рейнскія провинціи, въ которыхъ дѣйствовалъ французскій Code de proced., отошли къ германскимъ государствамъ, законодательная власть этихъ послѣднихъ постигла значеніе французскаго процесса и путемъ сравненія поняла преимущество его передъ германскимъ. Тогда же и особенно въ рейнской Пруссіи нѣсколько дѣльныхъ юристовъ, побужденныхъ опасеніемъ, чтобъ у нихъ не отняли французскихъ учрежденій, основали журналъ: *Нижне-рейнскій архивъ*, въ которомъ появилось много важныхъ статей, указавшихъ на достоинство французскаго процесса и предлагавшихъ различныя улучшенія. Эти труды вмѣстѣ съ появившимися въ то же время превосходными донесеніями рейнской юстицъ-коммиссіи настроили Германію въ пользу французскаго гражданско-процессуальнаго законодательства.

Затѣмъ, когда Миттермайеръ получилъ приглашеніе въ боннскій университетъ, онъ тотчасъ же увидѣлъ необходимость сравнительнаго изложенія процессовъ обще-германскаго, прусскаго и французскаго. Такимъ образомъ появилось въ 1820 году сочиненіе подъ названіемъ: „Обще-германскій процессъ"*), стремившееся доказать неосновательность прусскаго слѣдственнаго принципа и вѣрность началъ французскаго законодательства, а также его недостатки; указать, какія мѣры были принимаемы въ разныхъ германскихъ государствахъ для улучшенія общаго существовавшаго процесса; наконецъ, главное, развить начала, на которыхъ должны быть основаны радикальныя улучшенія нѣмецкаго процесса. Миттермайеръ пришелъ къ тому убѣжденію, что будущій германскій процессъ долженъ быть построенъ на основаніи французскаго, съ устраненіемъ нѣкоторыхъ недостатковъ его, главнымъ образомъ посредствомъ введенія предварительнаго письменнаго производства, которое бы предшествовало устному. Миттермайеръ признается, что онъ заблуждался тогда, не будучи еще знакомъ съ французскимъ предварительнымъ производствомъ.

Важнымъ явленіемъ въ 1820 году было изданіе устава граж-

---

*) *Mittermaier,* Der gemeine deutsche Prozess in Vergleich mih dem preussischen und französishen Civilverfahren. Bonn 1820. Dritte Aufl. 4 Hefte.

данскаго процесса для Женевы. Авторъ его, Бэлльо, соединялъ въ себѣ богатыя юридическія познанія съ большой опытностью и рѣдкимъ практическимъ смысломъ. Онъ стремился послѣдовательно провести здравыя начала французскаго процесса, устранить его недостатки и упростить его; немного сходные случаи онъ принялъ за правило, запутанные же за исключеніе. Вслѣдствіе этого работа Бэлльо и его мотивы обратили на себя величайшее вниманіе въ самой Франціи. Женевскій кодексъ имѣлъ не малое значеніе и въ Германіи, хотя и недостаточное, потому что люди, занимавшіеся здѣсь улучшеніемъ процесса, недостаточно поняли направленіе Бэлльо.

Въ 1822—1830 и было весьма немного сдѣлано въ Германіи для улучшенія процесса. Это происходило или оттого, что думали помочь злу, устранивъ нѣкоторыя злоупотребленія и разрѣшивъ нѣкоторые спорные вопросы, но сохранивъ притомъ прежнее, письменное производство; или оттого, что (какъ это было въ Баденѣ въ 1827 г.) останавливались на полупути и напр., оставляли въ первой инстанціи прежній тайный процессъ. Хуже всего было то, что въ 1-й инстанціи былъ удержанъ прежній принципъ единоличности судьи и что адвокатамъ не было дано свободнаго, достойнаго положенія. Въ *Баваріи* все громче и громче раздавались голоса, требовавшіе публичнаго гражданскаго процесса, и законопроекты 1825—1831 г. признаютъ, хотя и въ весьма ограниченномъ объемѣ, устность. Разсудительные люди полагали, что нужно бы во всей Баваріи ввести господствовавшій въ рейнской ея части французскій процессъ. Но партія, думавшая, что достаточно будетъ поисправить существующій порядокъ, одержала верхъ. Такимъ образомъ появился законъ 1837 г., основанный на прежнемъ письменномъ процессѣ, но во всякомъ случаѣ содержащій нѣкоторыя улучшенія. Иначе было въ *Пруссіи:* въ сочиненіи одного превосходнаго практика (Гертнера) указаны были всѣ недостатки прусскаго слѣдственнаго начала и вредъ, имъ причиняемый. Явившійся въ 1833 г. законъ ввелъ много существенныхъ улучшеній, признавъ всю важность состязательнаго начала, устности и немногосложности производства. Но и онъ не удовлетворилъ всѣхъ справедливыхъ требованій, такъ какъ новый процессъ и продолжавшій существовать старый противорѣчили другъ другу и часто перепутывались. Требованіе публичнаго, чисто устнаго процесса все болѣе и болѣе заявляло себя въ Пруссіи и произвело законъ 1846 г., который опять таки былъ основанъ на массѣ новеллъ, производившихъ постоянное замѣшательство.

Между тѣмъ научная обработка обще-германскаго процесса шла впередъ. Это не осталось безъ вліянія на самое отправленіе

правосудія. Руководства и учебники много облегчали изученіе процесса *). Историческая школа, пріобрѣтавшая все болѣе и болѣе сторонниковъ, вскорѣ обратила свой методъ и на процессъ, много содѣйствовала правильному пониманію многихъ процессуальныхъ ученій **). Въ 1840—1848 гг. нѣмецкіе юристы дѣлились на двѣ партіи, изъ которыхъ одна полагала, что для улучшенія процесса нужно, сохранивъ обще-германскія начала, точнѣе опредѣлить ихъ, устранить злоупотребленія, вкравшіяся при ихъ приложеніи, а справедливость и основательность рѣшеній гарантировать хорошо обработанными процессуальными сочиненіями и руководствами. Другая, и гораздо обширнѣйшая, партія видѣла задачу будущаго германскаго законодательства въ введеніи устнаго процесса, построеннаго на началахъ французскаго, такъ какъ начала германскія, будучи сами по себѣ неудовлетворительными, остались бы такими и при всевозможныхъ улучшеніяхъ. Послѣднее воззрѣніе получило еще большую силу въ 1848 г., во время сильнаго возбужденія умовъ, когда ужъ не довольствовались полумѣрами. Но вездѣ обнаруживались особенности, препятствовшія введенію французскаго гражданскаго процесса. Прежде всего мѣшали этому привязанность къ привычнымъ формамъ процесса. Кромѣ того, именно хорошіе юристы, зная что они успѣли и въ старомъ, письменномъ процессѣ достигнуть правильныхъ рѣшеній, полагали, что нужны только нѣкоторыя улучшенія, тѣмъ болѣе, что господствовало предъубѣжденіе противъ французскаго процесса и преобладанія въ немъ адвокатуры. Этимъ объясняется та смѣсь германскихъ и французскихъ началъ, которая замѣтна во всѣхъ законодателяныхъ работахъ того времени. Такъ, впрочемъ, было не вездѣ. Въ *Пруссіи* проектъ, написанный *Кохомъ*, заботится о правильномъ проведеніи принципа устности, ограниченнаго только точно опредѣленнымъ предварительнымъ производствомъ и большимъ вмѣшательствомъ суда. Въ *Баварскомъ* основномъ законѣ 1848 г. категорически высказано, что будущій процессъ будетъ основанъ на французскомъ, насколько опытъ оправдалъ полезность послѣдняго. Въ *Брауншвейгѣ* мотивы къ процессу 1848 г. показываютъ, что правительство серьезно хотѣло провести принципъ устности. Въ *Ганноверѣ* занялись наблюденіями надъ женевской практикой, надъ дѣйствіемъ Устава Бэльо и надъ способомъ, какимъ въ Женевѣ были исправлены недостатки французскаго кодекса. Суще-

*) Сочиненія Мартина, Байера, Линде, Гефтера и Веделя.

**) Работы Планка, Росгирта, Бара (Das Beweisurtheil des german. Process Hannover 1866) и Гросса (Die Beweistheorie im Canon. Proz. Wien. 1867).

ствующій въ Ганноверѣ съ 1850 г. уставъ вполнѣ проводитъ принципъ устности, хотя и въ немъ есть нѣкоторыя неясности, происшедшія отъ сохраненія привычныхъ процессуальныхъ учрежденій.

Изъ гражданско-процессуальныхъ работъ послѣдняго времени, надо упомянуть: 1) Объ Ольденбургскомъ уставѣ 1857 г., добросовѣстно старающемся, въ подражаніе ганноверскому, провести принципъ устности, но слишкомъ распространяющаго область вмѣшательства суда. 2) О баденскомъ уставѣ 1864 г., страдающемъ тѣмъ же недостаткомъ и еще недовѣріемъ къ адвокатамъ. 3) О законодательныхъ работахъ, производившихся коммиссіей изъ практиковъ всѣхъ германскихъ государствъ съ цѣлью создать обще-германскій процессъ. Къ сожалѣнію, Пруссія не хотѣла принять никакого участія въ этой коммиссіи, труды которой, хотя и составляютъ богатый юридическій матеріялъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ показываютъ, что члены ея держались самыхъ противоположныхъ воззрѣній: кто ратовалъ за французскія начала, кто за чисто-германскія, кто за ганноверскія и т. д. Вслѣдствіе этого, рѣшеніе коммиссіи о самыхъ важныхъ предметахъ нерѣдко принимались большинствомъ *одного* голоса или даже только голоса президента. 4) Тоже случилось и въ Баваріи. Въ то время какъ юристы изъ рейнской провинціи требовали введенія французскаго процесса, расходясь впрочемъ въ нѣкоторыхъ пунктахъ и между собой (именно касательно conclusions motivées), юристы изъ остальной Баваріи старались о возможно большемъ введеніи германскихъ началъ. 5) Прусскій проектъ былъ произведеніемъ одного юриста, хорошо знакомаго какъ съ нѣмецкимъ такъ и съ французскимъ процессомъ, и съ прусскою практикой, и примѣнявшаго французскія начала, не оставляя безъ вниманія и нѣмецкихъ. Замѣчательно, что въ то время когда важное значеніе этого проекта было вполнѣ признано заграницей, въ самой Пруссіи образовалась противъ него и противъ французскаго гражданскаго процесса правильная оппозиція изъ среды судей.

Изъ этого видно, что объ одномъ общемъ для всей Германіи процессѣ и думать нельзя. Покамѣстъ одинъ только пунктъ сдѣлался общепринятымъ, это именно тотъ, что процессъ долженъ быть устный и основанъ на французскомъ. Чуть дѣло доходитъ до осуществленія, тотчасъ же обнаруживается величайшее различіе между отдѣльными государствами. Еще менѣе можно надѣяться на обще-германскій процессъ послѣ 1866 г. Законодательная дѣятельность еще на долгое время предоставлена отдѣльнымъ государствамъ. Дойдетъ ли такимъ путемъ Германія до общаго законодательства — это будетъ зависѣть отъ того, съ

умѣютъ ли нѣмецкіе юристы воздержаться отъ политическихъ антипатій, равно какъ и отъ той опасности, отъ которой предостерегаетъ еще Т. Ливій словами: Eventus stultorum magister. При будущихъ совѣщаніяхъ хорошимъ матеріаломъ могутъ служить занятія ганноверской, баварской и прусской коммиссій, законодательные опыты, произведенные въ Ганноверѣ, Брауншвейгѣ, Ольденбургѣ и Баденѣ; наконецъ, совѣщанія по поводу нидерландскаго проекта, итальянскаго кодекса, новаго Цюрихскаго устава и новаго австрійскаго проекта.

Не безполезно указать на тѣ обстоятельства, которыя препятствуютъ правильному пониманію основныхъ началъ и условій, требуемыхъ обще-германскимъ процессомъ. Сюда относится 1) недостатокъ прочныхъ научныхъ основъ. Разсматривая новѣйшія законодательныя работы, напр. ганноверской и баварской коммиссій, нельзя не замѣтить, что для оправданія какого нибудь предложенія въ нихъ никогда не ссылаются на руководящіе принципы, на результаты научныхъ изслѣдованій, а приводятъ цѣлесообразность, мнимый опытъ и т. п. Многаго, совершенно произвольнаго, въ нихъ не было бы, еслибъ твердо держались того принципа, что гражданскій процессъ есть собственность сторонъ; что то законодательство лучше, которое сообразуется съ управомоченною волею сторонъ, т. е. признаетъ состязательное начало; что судья имѣетъ право желать, чтобъ ему былъ данъ полный и приведенный въ порядокъ матеріалъ спора, что слѣдовательно ему принадлежитъ право предлагать вопросы; что адвокаты нужны для того, чтобъ дѣло излагалось передъ судьей людьми свѣдущими; что веденіе дѣла самимъ судьей излишне и даже вредно (вслѣдствіе медленности и издержекъ.). Къ сожалѣнію, какъ ни драгоцѣнны сочиненія французскихъ процессуалистовъ, но они ничего не дѣлаютъ для выясненія принциповъ процесса. Также достойно сожалѣнія и то, что при новыхъ процессуальныхъ работахъ въ Германіи обращается весьма мало вниманія на ученыя, богатыя содержаніемъ, изслѣдованія писателей по обще-германскому процессу. 2) Недостатокъ: а) хорошей статистики гражданской юстиціи и в) учрежденій, гдѣ бы можно было изслѣдовать достоинство разныхъ законодательствъ. Въ первомъ отношеніи много сдѣлано въ Бельгіи, Франціи и Англіи, но этого недостаточно, такъ какъ не составлено таблицъ продолжительности процессовъ и, въ частности предварительнаго производства, отсрочекъ, безспорныхъ и спорныхъ дѣлъ и т. д. Во второмъ отношеніи достоинъ подражанія обычай англичанъ спрашивать мнѣнія отдѣльныхъ, знающихъ дѣло, личностей или же предоставлять коммиссіямъ собирать мнѣнія всѣхъ, кого они сочтутъ нужнымъ прежде чѣмъ при-

нять какое-либо важное рѣшеніе. 3) Недостатокъ единства и единообразія въ примѣненіи закона, не только въ различныхъ государствахъ, придерживающихся его (напр. Франція, Бельгія и прирейнская Германія относительно Code de procédure), но и въ одномъ и томъ же государствѣ, вслѣдствіе того, что законъ многое предоставляетъ практикѣ, усмотрѣнію судей и адвокатовъ. Это особенно выступаетъ въ предварительномъ производствѣ, но обнаруживается и въ засѣданіяхъ. Въ С. Америкѣ верховный судъ издаетъ, рядомъ съ закономъ: т. н. *Rules*, прибавочныя правила; въ Англіи, гдѣ законъ о производствѣ въ судахъ графствъ очень кратокъ, издаются *by-laws*; въ Италіи публикуются *Regolemento*. Этимъ достигается та важная выгода, что производство единообразно. 4) Характеръ дѣятельности адвокатовъ и положеніе президента судовъ. При письменномъ процессѣ, когда судъ имѣетъ родъ опеки надъ адвокатами, высокомѣріе судьи ставитъ ихъ въ весьма незавидное положеніе. Да и самый этотъ процессъ ведетъ къ тому, что адвокаты стараются обширными бумагами зарабатывать побольше денегъ и массой отзывовъ и репликъ затянуть дѣло. Совершенно другую и въ высшей степени благотворную роль играютъ адвокаты въ устномъ процессѣ, когда они поставлены въ независимое, достойное положеніе.— Но душа устнаго процесса это президентъ, отъ котораго требуется много такихъ качествъ, отсутствіе которыхъ не мѣшаетъ быть хорошимъ президентъ при письменномъ производствѣ. При безконечномъ различіи случаевъ можно расчитывать на правильное производство только тогда, когда президентъ соединяетъ въ себѣ энергію (отъ которой часто зависитъ продолжительность процесса свобода рѣчи сторонъ и равенство ихъ на судѣ) съ справедливостью, тактомъ и основательнымъ знаніемъ права.

Выше сказано отъ какихъ условій будетъ зависѣть осуществленіе идеи общегерманскаго процесса. Жаль будетъ если сѣверогерманскій союзъ, конституція котораго обѣщаетъ общій процессъ, составитъ законодательную коммиссію исключительно изъ членовъ государствъ, входящихъ въ составъ его, и этимъ уничтожитъ возможность усвоенія процесса южно-германскими государствами и Австріей. Какъ на важный матеріалъ для будущаго общегерманскаго процесса нужно указать на новѣйшія работы баварской законодательной коммиссіи. Важность ихъ заключается въ томъ, что они принадлежатъ отчасти людямъ, хорошо знакомымъ съ французскимъ процессомъ (какъ напр. докладчикъ коммиссіи, президентъ фонъ-Гейнцъ, и оба депутата отъ министерства) отчасти людямъ, которые, будучи хорошо знакомы съ общимъ баварскимъ процессомъ (какъ напр. фонъ-Байеръ) могли обращать вниманіе коммиссіи на тѣ воззрѣнія и пункты,

гдѣ этотъ послѣдній уклоняется отъ французскаго и этимъ содѣйствовать осторожному обсужденію дѣла.

Весьма важно было бы еще, чтобъ люди, которымъ придется работать надъ составленіемъ общегерманскаго процесса, ссылаясь на иностранныя законодательства, обращали побольше, чѣмъ какъ это дѣлали до сихъ поръ, вниманія на то, отъ чего зависитъ хорошее дѣйствіе извѣстнаго закона въ данной странѣ, въ какой связи это находится съ состояніемъ, обычаями, воззрѣніями и даже политическимъ устройствомъ страны.

Всѣ новѣйшія законодательныя работы по гражданскому процессу основаны на публичности и устности производства. Изъ этого видно, что всѣ онѣ, съ тѣми или другими измѣненіями, подражаютъ французскому процессу. Но, взглядываясь поближе, легко замѣтить, что есть большія различія между законодательствами различныхъ государствъ. Останавливаясь прежде всего на *русскомъ Уставѣ Гражданскаго Судопроизводства 20-го ноября 1864 г.*, основанномъ на „Положеніяхъ“ 29-го сентября 1862 г., мы видимъ, что онъ устанавливаетъ мировые суды, окружные суды, судебныя палаты и сенатъ—въ качествѣ верховнаго суда. Производство въ окружныхъ судахъ (мировому суду подсудны только маловажныя дѣла) должно быть состязательное и публичное, и имѣетъ два вида: обыкновенный и сокращенный. Предварительное письменное производство совершается при помощи состязательныхъ бумагъ, сообщаемыхъ сторонами другъ другу посредствомъ судебнаго пристава. Число этихъ бумагъ ограничивается четырьмя, по двѣ съ каждой стороны. Вотъ нѣкоторыя *общія положенія:*

1. Всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій. 2. Частныя лица или общества, права коихъ, на законѣ основанныя, будутъ нарушены распоряженіемъ правительственныхъ мѣстъ или лицъ, могутъ предъявить суду искъ о возстановленіи нарушенныхъ правъ; но такой искъ не оставливаетъ распоряженія правительственнаго мѣста или лица, доколѣ не послѣдуетъ о томъ рѣшенія суда. 3. Правительственныя мѣста и лица не въ правѣ разрѣшать спорныхъ обстоятельствъ, подлежащихъ судебному разсмотрѣнію. 4. Судебныя установленія могутъ приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе какъ по просьбѣ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются. 13. При всѣхъ дѣйствіяхъ судебныхъ установленій по производству гражданскихъ дѣлъ, за исключеніемъ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ, допускается присутствіе тяжущихся и постороннихъ лицъ. 14. Тяжущіеся имѣютъ право присылать вмѣсто себя въ судъ повѣренныхъ.

Производство въ мировыхъ судахъ. 44. Повѣренными въ ми-

ровыхъ судебныхъ установленіяхъ могутъ быть какъ присяжные повѣренные, такъ и посторонніе лица. 78. Повѣренный, коему тяжущійся поручилъ веденіе дѣла у мироваго судьи можетъ окончить оное миромъ. 51. Исковая просьба, приносимая мировому судьѣ, можетъ быть письменная или словесная. 52. Словесная просьба, по запискѣ ея мировымъ судьею въ книгу, прочитывается истцу и подписывается имъ. 68. Разбирательство дѣлъ у мировыхъ судей происходитъ публично и на словахъ, впрочемъ засѣданіе можетъ быть и негласное, если обѣ тяжущіяся стороны просятъ объ этомъ и мировой судья найдетъ ихъ просьбу уважительною. 70. По предварительномъ объясненіи съ обѣими сторонами мировой судья предлагаетъ прекратить дѣло миромъ, указывая дѣйствительные, по его мнѣнію, къ тому способы. Мѣры для склоненія тяжущихся къ примиренію мировой судья обязанъ принимать и во время производства дѣла, и только въ случаѣ не успѣха приступаетъ къ постановленію рѣшенія. 71. Мировая сдѣлка тяжущихся излагается на письмѣ и, по прочтеніи, подписывается ими, или тѣми, кому они сіе довѣрятъ. Дѣло, оконченное миромъ, возобновлено быть не можетъ. 81. Истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца обязанъ доказать свои возраженія. 82. Мировой судья не собираетъ доказательствъ, а основываетъ свои рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися. 93. Свидѣтель, который по болѣзни не можетъ явиться къ мировому судьѣ, допрашивается имъ въ мѣстѣ своего жительства. 97. Каждый свидѣтель допрашивается отдѣльно, въ присутствіи тяжущихся. 98. Свидѣтели, недавшіе еще показаній, не могутъ присутствовать при допросѣ прочихъ свидѣтелей. 99. По изложеніи свидѣтелемъ своего показанія, мировой судья предоставляетъ сторонамъ сдѣлать отъ себя свидѣтелю вопросы по всѣмъ необходимымъ, по ихъ мнѣнію, предметамъ. 100. Для разрѣшенія противорѣчія въ показаніяхъ свидѣтелей по существеннымъ предметамъ мировой судья назначаетъ свидѣтелямъ очную ставку. 101. Сущность показанія свидѣтеля записывается въ протоколъ, который прочитывается свидѣтелю и подписывается какъ имъ, такъ и мировымъ судьею. 102. Сила свидѣтельскихъ показаній, смотря по достовѣрности свидѣтеля, ясности, полнотѣ и вѣроятности его показанія опредѣляется мировымъ судьею. 105. Всякаго рода акты принимаются мировымъ судьею въ соображеніе при рѣшеніи дѣла. 115. Тяжущимся не запрещается по взаимному ихъ соглашенію, просить мироваго судью о рѣшеніи дѣла на основаніи принимаемой однимъ изъ нихъ присяги; но мировой судья не можетъ ни принудить тяжущихся къ принятію присяги, ни

предлагать ее отъ себя истцу или отвѣтчику. 117. Присяга принимается за доказательство того, въ чемъ она учинена, и не можетъ быть опровергаема никакими другими доказательствами. 129. Мировой судья, по выслушаніи сторонъ, принимаетъ въ соображеніе всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства и опредѣливъ, по убѣжденію совѣсти, значеніе и силу доказательствъ, постановляетъ рѣшеніе, которое не должно противорѣчить закону. 130. При постановленіи рѣшенія мировой судья можетъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями. 132. Мировой судья не возбуждаетъ вопроса о давности, если тяжущіеся на нее не ссылались. 162—184. На рѣшенія мировыхъ судей могутъ быть приносимы апелляціи въ мировой съѣздъ, въ которомъ дѣла производятся публично и изустно и рѣшаются по большинству голосовъ.

Производство въ окружныхъ судахъ. 229. Каждое судебное мѣсто само рѣшаетъ: подлежитъ ли предъ явленный искъ его вѣдомству и ни въ какомъ случаѣ не можетъ представлять высшему суду о разрѣшеніи своихъ сомнѣній. 230. Пререканія о подсудности между Окружными Судами разрѣшаются тою Судебною Палатою, въ вѣдомствѣ коей суды состоятъ. 232. 234. Дѣла о пререканіяхъ, которыя могутъ возникнуть не иначе какъ по частной жалобѣ одной изъ сторонъ, разрѣшаются въ общемъ собраніи Палаты, по выслушаніи заключенія прокурора. 237. Всякое сомнѣніе въ томъ, подлежитъ ли возникшее въ судѣ дѣло разсмотрѣнію правительственныхъ или же судебныхъ установленій, разрѣшается самимъ судомъ. 245. Въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ нѣтъ достаточнаго числа присяжныхъ повѣренныхъ, повѣренные могутъ быть избираемы и изъ постороннихъ лицъ. 256. Судъ приступаетъ къ производству дѣла не иначе, какъ по исковому прошенію, которое пишется по установленной формѣ. 312. Число подаваемыхъ тяжущимися состязательныхъ бумагъ ограничивается четырьмя — по двѣ съ каждой стороны. Бумаги сіи суть: исковое прошеніе, отвѣтъ, возраженіе и опроверженіе. 324. Докладъ дѣла и словесное состязаніе тяжущихся происходятъ въ публичномъ засѣданіи суда. 325. Если, по особому свойству дѣла, публичность засѣданія можетъ быть предосудительна для религіи, общественнаго порядка или нравственности, то судъ, по собственному усмотрѣнію или по требованію прокурора, можетъ постановить, чтобы засѣданіе было при закрытыхъ дверяхъ. 326. Судебное засѣданіе можетъ происходить при закрытыхъ дверяхъ и въ томъ случаѣ, когда обѣ стороны будутъ о семъ просить и судъ признаетъ ихъ просьбу заслуживающею уваженія. 327. Докладъ дѣла производится членомъ суда, на основаніи представленныхъ тяжу-

щимися къ дѣлу бумагъ и документовъ. 328. 329. Докладъ производится, по усмотрѣнію предсѣдателя, или словесно, или по запискѣ. По объясненіи докладчикомъ существа дѣла начинается состязаніе сторонъ. 330. Словесное состязаніе тяжущихся заключается въ изложеніи сперва истцомъ, а затѣмъ отвѣтчикомъ какъ требованій ихъ, такъ и обстоятельствъ, на коихъ сіи требованія основаны. 331. 337. При словесномъ состязаніи тяжущіеся могутъ приводить новые доводы къ разъясненію обстоятельствъ дѣла. Предсѣдатель суда склоняетъ тяжущихся къ примиренію. 338. Словеснымъ состязаніемъ руководитъ предсѣдатель суда. Когда онъ найдетъ, что дѣло достаточно разъяснено, то прекращаетъ словесное состязаніе, но не прежде, какъ по выслушаніи обѣихъ сторонъ въ равномъ числѣ изустныхъ объясненій. 339. Рѣшеніе суда должно быть основано на документахъ и другихъ письменныхъ актахъ, представленныхъ сторонами, равно и на доводахъ, изъясненныхъ при изустномъ состязаніи. 348. Всѣ дѣла могутъ производиться порядкомъ сокращеннымъ, если тяжущіеся на сіе согласятся и судъ съ своей стороны не встрѣтитъ особыхъ къ тому препятствій. 350. При сокращенномъ порядкѣ предсѣдатель суда назначаетъ тяжущимся на явку въ судъ срокъ, который не можетъ быть болѣе одного мѣсяца. 361. 363. По окончаніи состязанія предсѣдатель суда дѣлаетъ резюме спора. Правила о доказательствахъ и выслушаніи свидѣтелей одинаковы съ правилами о томъ же для мировыхъ судовъ. 385. Допросъ свидѣтелей производится въ открытомъ засѣданіи суда. 399. Предсѣдатель суда можетъ остановить свидѣтеля, вдающагося въ расказы объ обстоятельствахъ, не идущихъ къ дѣлу. Въ гражданскомъ, какъ и въ уголовномъ процессѣ, допускается въ извѣстныхъ случаяхъ дознаніе чрезъ окольныхъ людей. 412. При спорѣ о пространствѣ, мѣстности или продолжительности поземельнаго владѣнія, судъ, по ссылкѣ той или другой стороны на свидѣтельство мѣстныхъ жителей, можетъ назначить и особое дознаніе чрезъ окольныхъ людей. 422. При избраніи окольныхъ людей по общей ссылкѣ, тяжущіеся могутъ постановить, чтобы возникшій споръ о владѣніи былъ разрѣшенъ исключительно на основаніи показаній избранныхъ ими людей. 436. Окольные люди допрашиваются подъ присягою. 437. Опредѣленіе достовѣрности и силы показаній окольныхъ людей предоставляется усмотрѣнію суда.

Русскій процессъ основанъ на публичности и устности производства, но ни въ какомъ случаѣ не тождественъ съ французскимъ. Легко понять, что русскій законодатель не рѣшился уже ввести такое судопроизводство, для дѣйствительности котораго необходимо сословіе адвокатовъ, дѣльно-образованныхъ, пони-

мающихъ важность своего призванія и презирающихъ крючкотворства, направленныя къ проволочкѣ процесса; необходимо также достаточное число судей, независимыхъ и самостоятельныхъ, обладающихъ какъ основательнымъ знаніемъ права, такъ и умѣньемъ быстро уловить изъ хаоса словесныхъ состязаній сущность дѣла, цѣлесообразно направлять пренія, понимать важность и значеніе каждаго заявленія и сохранять необходимое спокойствіе духа. Очевидно, что предварительною письменною подготовкою законодатель хотѣлъ обезпечить основательность и справедливость рѣшенія. Чтобъ еще болѣе обезопасить процессъ отъ поспѣшности, онъ установилъ, какъ основаніе для словеснаго состязанія, докладъ дѣла однимъ изъ членовъ суда на основаніи четырехъ состязательныхъ бумагъ. Чтобъ облегчить судьямъ подачу голосовъ, предсѣдатель долженъ дать краткое заключеніе по дѣлу. Всѣ эти распоряженія, хотя они во многихъ случаяхъ содѣйствуютъ большей основательности рѣшеній, все-таки сильно нарушаютъ принципъ устности. Состязательныя бумаги легко могутъ выродиться въ „прошенія" ходатаевъ по дѣламъ, ябедниковъ, которые (какъ показываетъ опытъ всѣхъ странъ, гдѣ существовало чисто письменное производство) стараются распространяться въ бумагахъ и неспособны къ простому и ясному изложенію дѣлъ. Докладъ, читаемый членомъ суда, будетъ имѣть на судей то вредное вліяніе, что они будутъ слушать состязаніе сторонъ съ напередъ готовымъ убѣжденіемъ о правотѣ одной изъ нихъ, убѣжденіемъ, порожденнымъ въ нихъ изложеніемъ дѣла однимъ изъ ихъ товарищей. Резюме предсѣдателя, особенно если онъ умѣетъ дать чувствовать членамъ суда свое значеніе, можетъ имѣть на нихъ вредное вліяніе и позволяетъ невнимательнымъ судьямъ подать голосъ лишь на основаніи одного этого резюме.—Замѣчательно являющееся въ русскомъ процессѣ дознаніе чрезъ окольныхъ людей *), институтъ, давно извѣстный въ Россіи. И дѣйствительно, въ спорахъ объ опредѣленіи границъ, о направленіи теченія рѣки и о правахъ участія общаго или частнаго — окольные люди могутъ судить гораздо вѣрнѣе, а иногда, по общей ссылкѣ, рѣшать дѣло лучше, чѣмъ судья. Сторонамъ предоставлено право отводить окольныхъ людей.

Сравнивая русскій Уставъ Гражд. Судопр. съ другими новѣйшими законодательствами по этому предмету, не трудно замѣтить, что они послѣдовательнѣе проводятъ принципъ устности и стоятъ ближе къ французскому, но что каждое изъ нихъ имѣетъ

---

*) Это напоминаетъ англійскій обычай приглашать сосѣдей въ присяжные по дѣламъ о землевладѣніи и употребляемые въ отдѣльныхъ швейцарскихъ кантонахъ суды сосѣдей.

при этомъ свой особенный характеръ. Всего ближе къ французскому—итальянское законодательство, нидерландскій и прусскій проекты; баварскій же, хотя въ существѣ своемъ основанъ на рейнскомъ (слѣдовательно французскомъ) процессѣ, но своею письменною подготовкой значительно съуживаетъ приложеніе принципа устности. Было бы большой ошибкой думать, что во всѣхъ этихъ странахъ подражаніе французскому процессу встрѣчаетъ общее сочувствіе. И въ Пруссіи и въ Баваріи, а особенно въ Италіи и Голландіи, въ послѣднее время все болѣе и болѣе проявляется стремленіе отрѣшиться отъ французскаго образца. Въ Голландіи уже уставъ 1838 г. вводитъ многія модификаціи французскаго Code; съ тѣхъ поръ вопросъ объ улучшеніи гражданскаго судопроизводства не разъ поднимался на генеральныхъ штатахъ, а законъ 1861 г. о судоустройствѣ составляетъ важный шагъ въ этомъ отношеніи. Но величайшаго вниманія всѣхъ, занимающихся гражданскимъ процессомъ, заслуживаетъ голландскій проектъ 1865 г., въ которомъ собраны опыты цѣлаго ряда лѣтъ. Тщательное сравненіе французскаго кодекса съ другими и знаніе научныхъ работъ (нѣмецкихъ и французскихъ) по гражданскому судопроизводству привело составителей его къ точному пониманію всѣхъ недостатковъ французскаго процесса.

Для лучшей оцѣнки вопроса о томъ, на сколько французскій процессъ достоинъ подражанія, Миттермайеръ излагаетъ все, что было высказано по этому поводу въ Баваріи, Пруссіи, Италіи, Голландіи и Цюрихѣ.

Богатымъ источникомъ при рѣшеніи главныхъ вопросовъ гражданскаго процесса могутъ служить труды законодательной коммиссіи второй баварской камеры. Они важны потому, что при господствующемъ въ Германіи недовѣріи къ французскому процессу, въ этой коммиссіи засѣдали лица, основательно знакомыя съ нимъ. Въ Германіи забываютъ, что въ рейнскихъ провинціяхъ французскій кодексъ дѣйствуетъ лучше, чѣмъ въ самой Франціи, какъ потому, что нѣмецкій народный характеръ содѣйствуетъ большей серьезности и основательности при обсужденіи дѣла, такъ и потому, что развитіе науки въ Германіи даетъ лучшую подготовку судьямъ, прокурорамъ и адвокатамъ; кромѣ того, уничтоженіе въ рейнскихъ провинціяхъ французскаго дѣленія адвокатовъ на avocat и avoué содѣйствуетъ быстротѣ процесса. Замѣчательны заявленія трехъ знатоковъ и почитателей французскаго процесса—баварскаго министра юстиціи Бомгарда, министерскаго депутата Вейса и Умбшейдена, потому что они обнаружили передъ коммиссіей много такого о ходѣ гражданской юстиціи въ рейнскихъ провинціяхъ и о разнообразіи, допускаемомъ французской практикой при обсужденіи отдѣльныхъ вопро-

совъ, чего нельзя найдти ни въ какихъ другихъ сочиненіяхъ; не менѣе интересны и важны мысли тѣхъ членовъ коммиссіи, которые или хорошо знакомы съ баварской практикой (судьи Неймайръ, Францъ; адвокаты Бартъ, Фёлькъ), или стоятъ на высотѣ современной науки (профессоры Пёцль, Эдель). При обсужденіи баварскаго кодекса не оставленъ безъ вниманія и ганноверскій. Министръ юстиціи высказалъ, что правительство надѣется на осуществленіе общегерманскаго кодекса, полагая, что то, что окажется удобопринимаемымъ и желательнымъ для Баваріи, будетъ такимъ же и для Ганновера. Но коммиссія, не пускаясь въ туманную даль и не обольщая себя ложной надеждой на будущій общегерманскій процессъ, не упустила изъ виду своей ближайшей задачи—создать какъ можно скорѣе удовлетворительный гражданскій процессъ для Баваріи и приступила тотчасъ же къ обсужденію отдѣльныхъ вопросовъ. Въ этихъ обсужденіяхъ заключается богатый матеріалъ для разработки нѣкоторыхъ процессуальныхъ вопросовъ, имѣющихъ важный интересъ для юристовъ всѣхъ странъ. Здѣсь прежде всего заслуживаетъ вниманія вопросъ о компетенціи судовъ единоличныхъ и коллегіальныхъ. По § 21 проекта единоличный судъ рѣшаетъ дѣла, цѣною не выше 150 гульденовъ. Долго обсуждалось предложеніе ограничить вѣдомство единоличнаго суда исками личными и о движимости—цѣною не выше 100 гульденовъ; одинъ членъ заявилъ, что дѣла о недвижимости должны быть изъяты изъ компетенціи единоличнаго суда потому, что легче опредѣлить отношеніе человѣка къ движимости, чѣмъ къ недвижимости; что единоличнымъ судамъ нельзя довѣрять дѣлъ о недвижимости по трудности ихъ; что вмѣстѣ съ дѣлами о недвижимости пришлось бы допустить въ единоличные суды адвокатовъ; что, наконецъ, нельзя ожидать большой обезпеченности правъ, если крестьянинъ, который вообще любитъ обращаться къ ближайшей помощи, будетъ имѣть возможность и въ дѣлахъ о недвижимости обращаться къ единоличному суду. Противъ этого было справедливо замѣчено, что дѣла по обязательствамъ гораздо затруднительнѣе дѣлъ о недвижимости, и что для разрѣшенія этихъ послѣднихъ часто бываетъ необходимъ осмотръ на мѣстѣ, который удобнѣе произвести единоличному, чѣмъ коллегіальному суду. Коммиссія, большинствомъ 6-ти голосовъ противъ 3-хъ, приняла подсудность дѣлъ о недвижимости окружнымъ судамъ. Здѣсь французское начало одержало верхъ надъ германскимъ, и нельзя не пожалѣть, что коммиссія упустила изъ виду возникновеніе въ германскомъ правѣ различія между движимымъ и недвижимымъ имуществомъ по ихъ политическому значенію, также какъ и переходъ этого различія изъ французскаго обычнаго права въ Code и примѣ-

неніе его къ искамъ, къ общности имущества супруговъ, къ долгамъ и праву наслѣдства. Она забыла, что въ Германіи Римское право уничтожило старыя различія, и что французское начало чуждо какъ нѣмецкаго законодательства и практики, такъ и нѣмецкаго юридическаго сознанія. Преобладавшее когда-то значеніе недвижимыхъ имуществъ до того видоизмѣнено жизнью и промышленностью, что не даетъ никакого основанія для особой подсудности. Трудность рѣшенія дѣлъ о недвижимости опровергается опытомъ. Вполнѣ достойно одобренія рѣшеніе коммиссіи — ограничить компетенцію единоличныхъ судовъ дѣлами цѣною не выше 100 гульденовъ. При этомъ министръ юстиціи сдѣлалъ замѣчательное заявленіе, что практическое и научное воззрѣніе стремится къ возможному ограниченію этой суммы, и что это ограниченіе очень часто основывается на однихъ финансовыхъ соображеніяхъ. По вопросу о пророгаціи § 33 допускаетъ ее въ 6 случаяхъ, хотя по французской практикѣ расширеніе подсудности единоличнаго судьи допускается только по особому протоколу сторонъ. По поводу адвокатовъ коммиссія пришла къ слѣдующему рѣшенію: въ единоличные и торговые суды могутъ являться сами стороны, или съ помощниками, или же они могутъ быть заступаемы повѣренными. Въ окружные же, аппелляціонные и верховные аппелляціонные суды — стороны, кромѣ случаевъ, закономъ опредѣленныхъ, должны избрать адвокатовъ изъ числа приписанныхъ къ мѣсту нахожденія суда, въ которомъ дѣло производится. По своимъ собственнымъ дѣламъ адвокаты могутъ ходатайствовать лишь въ тѣхъ судахъ, къ которымъ они приписаны. Изустная защита можетъ быть поручаема всякому баварскому адвокату, вспомоществуемому, однако, мѣстнымъ. Кромѣ того, къ изустнымъ состязаніямъ допускаются, тоже при помощи мѣстнаго адвоката, сами стороны и экзаменованные практики, которыхъ судъ можетъ, впрочемъ, лишить слова, если они окажутся неспособными. Должностное и дисциплинарное положеніе адвокатовъ опредѣляется особымъ положеніемъ. Долго совѣщевались о вопросѣ, могутъ ли адвокаты быть допускаемы въ единоличные суды и приравниваемы, въ этомъ случаѣ, къ обыкновеннымъ повѣреннымъ. Большинство противилось этому допущенію, а одинъ изъ членовъ (извѣстный адвокатъ) высказалъ, что достоинство адвокатовъ требуетъ, чтобъ они только къ видѣ исключенія практиковали въ единоличныхъ судахъ. Это неосновательно и оскорбляетъ народное юридическое сознаніе: гражданинъ, не способный самъ защищать свое дѣло, приглашающій дѣльнаго адвоката для этого и при его помощи выигрывающій дѣло, видитъ, при вознагражденіи противной стороной судебныхъ издержекъ, что его адвокатъ по-

лучаетъ такой же гонораръ, какъ обыкновенный повѣренный. Адвокаты другихъ странъ смотрятъ на это дѣло иначе, чѣмъ баварскіе. Ошибочно полагаютъ, что въ единоличныхъ судахъ не бываетъ затруднительныхъ случаевъ. Вообще, говоря по совѣсти, надо сознаться, что разграниченіе подсудностей единоличныхъ и коллегіальныхъ судовъ произвольно, и лишено всякаго принципа. Предметомъ долгихъ совѣщаній былъ вопросъ о пріуроченіи адвокатовъ. Спрашивалось, могутъ ли стороны избирать себѣ адвокатовъ только изъ числа лицъ, приписанныхъ къ тому суду, гдѣ производится дѣло, или изъ приписанныхъ къ какому-либо суду въ томъ мѣстѣ, гдѣ производится процессъ? Къ счастію, послѣднее мнѣніе было принято. Важныя пренія возбудило право предлагать вопросы: французское interrogatoire sur faits et articles было справедливо порицаемо, какъ вызывающее заученные отвѣты. Большинствомъ было принято, что предлагать вопросы имѣетъ право не только предсѣдатель суда, но и члены суда, стороны и ихъ уполномоченные. Предсѣдатель же имѣетъ право предлагать сторонамъ и ихъ уполномоченнымъ цѣлесообразные вопросы о всѣхъ приведенныхъ фактахъ, и требовать отъ нихъ объясненій и дополненій всѣхъ неопредѣленныхъ, неясныхъ и неполныхъ отвѣтовъ. По поводу § 132 (о заключеніи преній) возникъ вопросъ: можетъ ли судъ во всякій моментъ признать дѣло выясненнымъ и прекратить пренія? Были заявлены случаи, бывшіе въ Пфальцѣ, гдѣ судъ приступалъ къ совѣщаніямъ прежде, чѣмъ оканчивалось состязаніе и даже прежде, чѣмъ былъ выслушанъ отвѣтчикъ. Изъ обсужденія этого вопроса видно, какъ иногда вредна краткость французскаго Code, и § 21 съ большой мудростью постановляетъ, что если одной стороной заявлены новые факты и доводы, то другой сторонѣ не должно быть отказано въ правѣ возражать на нихъ. Но всего важнѣе были пренія по поводу вопроса: долженъ ли прокуроръ давать свое заключеніе и въ гражданскихъ дѣлахъ? Защиту французскаго закона въ этомъ случаѣ принялъ на себя министръ юстиціи, долго бывшій прокуроромъ въ Пфальцѣ и ратовавшій за прокуратуру въ ганноверской коммиссіи. Онъ высказалъ тотъ взглядъ, что различныя отрасли управленія должны имѣть общую связь, и органомъ этой-то связи долженъ быть прокуроръ; что прокуроръ долженъ олицетворять народную совѣсть, служить выраженіемъ народнаго юридическаго сознанія и представлять собою нравственный элементъ; что противники прокуратуры вѣроятно не видали ея значенія въ жизни. Противъ этого возражали (Неймайръ, Фёлькъ, Францъ, Шмидтъ, Эдель), что французскій законъ основанъ на ложномъ пониманіи обязанности судьи, установленіи прокуратуры въ качествѣ

безпристрастнаго органа закона и на политическихъ обстоятельствахъ; что онъ противорѣчитъ нѣмецкому пониманію права и излишенъ, увеличивая издержки и затягивая дѣла. Совершенно справедливо была оспариваема звучная фраза о нравственномъ элементѣ и олицетворенной совѣсти. Одинъ ораторъ замѣтилъ еще, что ни у одного народа, кромѣ французовъ, прокуроры не участвуютъ въ гражданскихъ дѣлахъ. При этомъ онъ (Умбшейденъ) прочелъ много писемъ дѣльныхъ пфальцскихъ юристовъ, которые всѣ опровергали приведенные за прокуратуру доводы. И предложеніе о необходимости присутствія прокурора въ каждомъ засѣданіи было живо оспариваемо, и наконецъ не было принято. Далѣе, совѣщевались объ исчисленіи въ законѣ случаевъ, въ которыхъ прокуроръ долженъ присутствовать въ засѣданіи. На это исчисленіе французское право имѣло болѣе вліянія, чѣмъ слѣдуетъ. Вообще полагаютъ, что французское право исходитъ изъ недовѣрія къ судьямъ и ложнаго взгляда на прокуроровъ, приписывая имъ болѣе основательности и безпристрастія въ примѣненіи закона, чѣмъ судьямъ. Конечно, всякій судья согласится охотно выслушать заключеніе старшаго, извѣстнаго опытностью и твердостью характера прокурора, но очень обидно то высокомѣріе, съ которымъ молодые прокуроры поучаютъ старыхъ, опытныхъ судей, особенно въ дѣлахъ, гдѣ правительство (т.-е. господствующая партія) имѣетъ извѣстный интересъ и стремится, помощью прокурора, провести извѣстное юридическое воззрѣніе.

Далѣе, баварскій кодексъ отличается отъ французскаго тѣмъ, что онъ регулируетъ предварительную письменную подготовку и содержаніе бумагъ. При совѣщаніяхъ одни видѣли важнѣйшую часть производства въ изустномъ состязаніи, а въ письменной части одну лишь подготовку; другіе же смотрѣли на эту послѣднюю, какъ на основаніе всего процесса. Касательно содержанія бумагъ, коммиссія приняла, что въ нихъ должны заключаться факты, съ краткимъ приведеніемъ необходимыхъ юридическихъ основаній. Важный вопросъ былъ поднятъ о правѣ измѣненія требованій. Члены коммиссіи, придерживавшіеся нѣмецкихъ воззрѣній, ограничивали это право, полагая, что отъ него пострадаютъ права отвѣтчика. Не принятъ § проектъ, по которому судья долженъ офиціальнымъ путемъ собирать нѣкоторыя справки. § 37 принимаетъ, чтобъ уже въ письменной подготовкѣ были приведены, на эвентуальномъ началѣ, всѣ диляторныя возраженія, § 38 и 39 предоставляютъ отвѣтчику право не давать дѣлу хода, на основаніи извѣстныхъ возраженій.

Ни одна страна не имѣетъ столько матеріаловъ и опытности для улучшенія гражданскаго процесса, какъ *Голландія*. Она позна-

комилась съ наполеоновскимъ Code еще до 1838 г.; съ этого года дѣйствуетъ Wetboek van burgerliske regirt vordering. Въ 1853 г. заговорили объ улучшеніи процесса и тогдашній правительственный проектъ и труды коммиссіи очень поучительны, также какъ и законъ 1861 года о судоустройствѣ. Весь этотъ матеріалъ былъ употребленъ въ дѣло при изданіи новаго проекта. Благопріятно вліяло еще то, что голландскіе ученые весьма основательны и тотчасъ пользуются всякимъ научнымъ трудомъ заграницей, что доказывается выходящими тамъ юридическими журналами Themis и nieuve bydragen voor regtsgeleredheid. Каждый пунктъ проекта и мотивовъ къ нему снабженъ указаніемъ опыта, мнѣніями о данномъ вопросѣ нѣмецкихъ и французскихъ ученыхъ и сравненъ съ новѣйшими законодательными работами, особенно съ ганноверскимъ и баварскимъ проектами. Нидерландскій проектъ отличается отъ французскаго, который предоставляетъ на усмотрѣніе кассаціоннаго суда все, что касается отношеній судовъ, положенія адвокатовъ и общихъ началъ процесса; а нѣкоторыя весьма важныя части его, напр. о встрѣчныхъ искахъ, объ интервенціяхъ—оставляетъ просто на произволъ судебной практики. Онъ отличается также отъ прежняго нидерландскаго кодекса 1838 года, который умалчиваетъ о многихъ вопросахъ. Новый проектъ гораздо пространнѣе французскаго Code и содержитъ въ себѣ судоустройство, судопроизводство и 140 новыхъ, не бывшихъ въ прежнемъ кодексѣ, опредѣленій.

Останавливаясь на вопросахъ, имѣющихъ всеобщій интересъ, надо указать прежде всего на то, что по новому голландскому проекту, въ дѣлахъ, производящихся въ коллегіальныхъ судахъ, стороны представляются адвокатами, выбранными лишь изъ тѣхъ, которые приписаны къ суду, въ которомъ дѣло разсматривается; слѣдовательно, здѣсь этотъ вопросъ разрѣшенъ не такъ, какъ въ Баваріи. Въ мотивахъ есть очень интересныя заявленія о положеніи адвокатовъ и высказывается многое противъ французскаго дѣленія на avocat и avoué. Нѣтъ, сказано въ нихъ, никакого основанія отдѣлять сущность процесса отъ формы его и опытъ показываетъ, что это очень вредно для сторонъ. Мотивы принимаютъ за основное положеніе свободу адвокатскаго сословія и предостерегаютъ отъ взгляда на нихъ какъ на officiers ministeriels. По ст. 3 адвокатъ долженъ имѣть отъ сторонъ письменную довѣренность, о содержаніи и представленіи которой излагается въ ст. 4—12, что дѣлается для избѣжанія разныхъ злоупотребленій. О локализаціи адвокатовъ постановлено, что всякій адвокатъ можетъ вести дѣла во всѣхъ судахъ королевства (за исключеніемъ кассаціоннаго суда, гдѣ могутъ высту-

пать только адвокаты, къ нему приписанные). Если сторона не найдетъ себѣ адвоката, то, по ст. 14, президентъ назначаетъ ей защитника. По ст. 16 тяжущіеся могутъ, кромѣ своего адвоката, взять для словесной защиты другихъ адвокатовъ, но съ тѣмъ, чтобъ издержки эти не падали на противную сторону. Въ единоличныхъ судахъ (ст. 19) сторона можетъ ходатайствовать сама, а адвокату можетъ дать изустную довѣренность. И тутъ кантонный судья можетъ назначить защитника (ст. 22). Коммиссія нашла лишнимъ назначать, для избѣжанія здѣсь злоупотребленій, особыхъ такъ называемыхъ agrées. Хороши въ мотивахъ замѣчанія о судебныхъ издержкахъ, о правѣ бѣдности и о Bureaux de consultation.

Переходя къ изложенію производства въ 1-й инстанціи, надо замѣтить, что проектъ, исходя изъ принципа устности процесса, тѣмъ не менѣе существенно отступаетъ отъ французскаго. Въ мотивахъ изложены существующія нынѣ четыре порядка судопроизводства. О письменномъ порядкѣ говорится, что онъ нарушаетъ принципъ устности и вреденъ потому, что судьи почти всегда придерживаются мнѣніядокладчика. Мотивы очень опредѣленно высказываются противъ французскаго безпринципнаго дѣленія процесса на обыкновенный и суммарный (сокращенный). Было признано, что самое важное значеніе имѣетъ словесное состязаніе, но что французская письменная подготовка, производящаяся адвокатами, безъ вмѣшательства суда, только замедляетъ дѣло, такъ какъ адвокаты иногда не хотятъ причинять другъ другу непріятностей. Письменная подготовка, имѣющая цѣлью такъ называемое poursuivre l'audience, безполезна и увеличиваетъ расходы, но если дѣйствительно захотѣть и зъ письменной подготовки сдѣлать основаніе для словеснаго состязанія, то надо озаботиться о томъ, чтобъ истецъ могъ письменно объясниться насчетъ доказательствъ, приведенныхъ отвѣтчикомъ въ свою защиту, а отвѣтчикъ письменно же опровергнуть эти объясненія. Значитъ, надо регулировать подачу реплики и дуплики (возраженія и опроверженія); надо, для избѣжанія злоупотребленій, предоставить судьѣ право назначить большій или меньшій срокъ на подачу этихъ бумагъ, а чтобъ не было при этомъ произвола, опредѣлить въ законѣ наименьшій срокъ. Въ предварительной письменной подготовкѣ должны быть опредѣлены собственно Litis contestatio, средства защиты и границы спора. Несмотря на всю важность живаго слова въ процессѣ, сторонамъ предоставляется право и не пользоваться имъ, а просить о рѣшеніи дѣла на основаніи однихъ состязательныхъ бумагъ. Всякій процессъ начинается повѣсткой о вызовѣ, къ которой прилагаются документы, служащіе основаніемъ требованій. По ст. 6 цѣна иска не можетъ быть

ни измѣнена, ни увеличена въ послѣдствіи, но можетъ быть уменьшена. Въ словесномъ состязаніи нельзя приводить новыхъ доводовъ (middel) (ст. 7). Судьи могутъ прекратить словесное состязаніе, когда найдутъ, что дѣло достаточно выяснено (ст. 9). Председатель и члены суда могутъ предлагать сторонамъ и ихъ защитникамъ вопросы какъ отъ себя, такъ и отъ другой стороны, но только послѣ окончанія словеснаго состязанія. Отвѣты записываются въ протоколъ засѣданія (причемъ стороны могутъ дѣлать свои замѣчанія) и, по прочтеніи, подписываются предсѣдателемъ и секретаремъ суда. Отвѣты, не записанные такимъ образомъ, не принимаются во вниманіе. Объ обыкновенномъ порядкѣ судопроизводства постановлено: адвокатъ истца долженъ озаботиться о томъ, чтобы дѣло было внесено въ судебный реестръ не позже какъ за день до срока, назначеннаго въ повѣсткѣ (ст. 12). Отвѣтчикъ можетъ, посредствомъ особой повѣстки, сократить срокъ для разбирательства (ст. 13). Адвокатъ отвѣтчика заявляетъ о своемъ полномочіи въ самый день засѣданія, и это вносится въ протоколъ; затѣмъ судья назначаетъ отвѣтчику срокъ (наименьшій 8, въ торговыхъ дѣлахъ 4 дня, если отвѣтчикъ не предложилъ болѣе краткаго (ст. 15). Истецъ можетъ затѣмъ подать реплику, а отвѣтчикъ дуплику, причемъ каждая сторона сообщаетъ другой копіи. По ст. 18 стороны, по желанію своему, могутъ приступить къ словесному состязанію или предоставить суду рѣшить дѣло лишь на основаніи состязательныхъ бумагъ. О судопроизводствѣ по дѣламъ, вносимымъ на кратчайшій срокъ говорится въ ст. 19: адвокатъ истца старается, чтобъ дѣло было внесено въ реестръ передъ началомъ засѣданія, означеннаго въ повѣсткѣ; реплики и дуплики допускаются лишь съ общаго согласія сторонъ. За этимъ исключеніемъ не допускаются никакіе другіе сроки, кромѣ ближайшаго засѣданія. Словесное состязаніе начинается непосредственно послѣ подачи послѣдней бумаги и можетъ быть отложено не болѣе какъ на 8 дней, если этого, впрочемъ, пожелаютъ обѣ стороны. Объ измѣненіи требованій уже сказано выше. Какъ далеко можетъ простираться измѣненіе юридическихъ основаній этого не видно ясно изъ ст. 7 по которой не могутъ быть приводимы новые regtsmiddelen. Можно думать что приведеніе новыхъ доводовъ (motifs) допускается.

Безспорно, голландскій проектъ содержитъ въ себѣ много улучшеній французскаго процесса, но и въ немъ есть нѣкоторые недостатки. 1) Не мѣшаетъ поближе изслѣдовать значеніе предварительной письменной подготовки, должна ли она быть только подготовкой къ процессу, главнымъ матеріаломъ котораго послужитъ словесное состязаніе (какъ это принято во французскомъ

Code) или она должна служить основаніемъ процесса, такъ, чтобъ онъ держался только тѣхъ фактическихъ и юридическихъ данныхъ, которые приведены въ состязательныхъ бумагахъ. Не говоря уже о принципѣ устности, который очень эластиченъ, нужно замѣтить, что голландскій взглядъ на дѣло имѣетъ тѣ выгоды, что адвокаты лучше подготовлены къ состязанію и что при этомъ можно избѣгнуть многихъ шикановъ и внезапностей. Но нельзя не указать на то, что уже по аналогіи съ уголовнымъ процессомъ, въ которомъ существенную часть составляетъ судебное слѣдствіе, принципъ устности противорѣчитъ голландскому взгляду на письменную подготовку. Но всего важнѣе здѣсь вопросъ объ измѣненіи требованій. Мы уже видѣли, что по голландскому проекту истецъ въ теченіи производства (geding) не долженъ измѣнять своихъ требованій, увеличивать цѣны иска и приводить новыхъ regtsmiddelen. Всякій практикъ знаетъ, какъ часто адвокатъ, получивъ отъ своего кліента недостаточныя свѣдѣнія, мѣняетъ свой взглядъ на дѣло вслѣдствіе сообщеній противной стороны или своего же кліента, получше всмотрѣвшагося въ дѣло. А между тѣмъ голландскій проектъ не признаетъ этого, и этимъ можетъ повести къ нарушенію матеріальнаго права. Почему адвокату, основавшему искъ на законной обязанности вознагражденія ущербовъ и убытковъ, не основаться, вслѣдствіе новыхъ свѣденій, на обязательствѣ отвѣтчика? Или, начавъ съ мандата, и увидѣвъ невозможность провести это начало, не перейдти къ negotiorum gestio? Французская практика лучше всего доказываетъ, какъ выгодно допущеніе этихъ измѣненій. Труды ганноверской коммиссіи показываютъ, какъ трудно придти къ положительному рѣшенію этого вопроса. Баварскій проектъ, не запрещая абсолютно этого измѣненія, старается ограничить его.

2) Рѣшеніе дѣлъ на основаніи однихъ состязаельныхъ бумагъ очень сильно нарушаетъ принципъ устности и вредно въ томъ отношеніи, что при этомъ необходимъ докладчикъ. Кромѣ того, самъ судъ лишается возможности получить нужныя ему свѣдѣнія изустно отъ сторонъ.

Многіе голландскіе юристы *) возражали противъ принятаго въ проектѣ порядка, чтобъ адвокаты предъявляли свое полномочіе на веденіе дѣла. Они говорятъ, что не зачѣмъ такъ не довѣрять адвокатамъ; что гласность суда можетъ служить достаточной гарантіей въ этомъ случаѣ; что обладаніе доку-

*) Редакціи журнала Themis, юристъ *Godefroi* (пользовавшійся новымъ сочиненіемъ *Lavielle :* études) и друг.

ментами дѣла доказываетъ, что адвокатъ уполномоченъ стороной, что наконецъ, въ случаѣ надобности есть средство противъ адвокатовъ, а именно „Désaveu"; что требованіе уполномочія можетъ быть очень обременительно для сторонъ, напр. если въ одномъ дѣлѣ участвуетъ много лицъ, живущихъ въ разныхъ мѣстахъ. Но несмотря на эти доводы, голландская система заслуживаетъ предпочтенія, потому, что нельзя желать, чтобъ кто-либо согласился вести какое-нибудь важное дѣло съ адвокатомъ, въ полномочіи котораго онъ не увѣренъ. Обладаніе же документами дѣла ничего не доказываетъ. Однажды былъ случай такого рода: одинъ гражданинъ имѣлъ счеты съ другимъ, отъ котораго онъ былъ отчасти зависимъ по торговымъ дѣламъ. Первый, полагая, что онъ переплатилъ послѣднему лишнія деньги, отправился къ адвокату, отнесъ ему всѣ нужныя бумаги, и просилъ дать ему совѣтъ. Адвокатъ, увидѣвъ изъ бумагъ, что дѣйствительно его кліентъ переплатилъ, завелъ искъ. Кліентъ же его ни въ какомъ случаѣ не могъ этого желать, такъ какъ онъ нуждался въ помощи того, и хотѣлъ только узнать, дѣйствительно ли дѣло такъ, какъ ему показалось. Еслибъ полагать свое упованіе на Désaveu, то французская практика*) лучше всего показываетъ какъ дорогъ и долгъ этотъ процессъ. Надо еще сказать, что и прусскій и баварскій и ганноверскій проекты предписываютъ, чтобъ адвокаты предъявляли свое полномочіе на веденіе дѣла.

Далѣе, вышесказанные ученые защищали положеніе проекта, по которому юридическій характеръ иска долженъ быть опредѣленъ уже въ предварительной письменной подготовкѣ. Они приводятъ, что проектъ различаетъ regtsgronden отъ regtsmiddelen: относительно первыхъ онъ постановляетъ, что судья долженъ имѣть ихъ въ виду даже тогда, когда они не приведены сторонами. Что же касается вторыхъ, то они должны быть приводимы въ состязательныхъ бумагахъ, а не при словесномъ состязаніи. Но если такъ понимать предписаніе голландскаго проекта, то надо сознаться, что онъ очень далекъ отъ послѣдовательнаго проведенія принципа устности.

Въ Голландіи защищаютъ и то правило, по которому рѣшеніе можетъ состояться и безъ словеснаго состязанія. Говорятъ, что это вполнѣ аналогично съ заочнымъ рѣшеніемъ, и что словесное состязаніе есть не обязанность сторонъ, а право, которымъ они могутъ и не воспользоваться. Противъ этого можно

---

*) Объ этомъ см. *Boitard* Code de procédure civile Leçons publiées par de *Linage* Vol. II. p. 20—31. *Bioche* Dictionnaire de procédure Vol. III p. 113—134.

возразить, что устное производство должно быть главнымъ въ процессѣ, что законодатель смотритъ на устность не какъ на право сторонъ, а какъ на форму процесса, посредствомъ которой всего легче достигается справедливость и выясняется матеріальная истина. Во всякомъ случаѣ, судъ имѣетъ право предлагать сторонамъ вопросы, что почти равняется словесному состоязанію.

Общеинтересный вопросъ былъ поднятъ о томъ, дѣйствительно ли обезпечивается предварительной письменной подготовкой, происходящей подъ вмѣшательствомъ суда, бóльшая простота и краткость процесса. Говорятъ, что до сихъ поръ въ Голландіи стороны могли, по своему взаимному согласію, продолжить срокъ для обмѣна состязательныхъ бумагъ до безконечности, а судъ долженъ былъ только наблюдать за соблюденіемъ этихъ добровольныхъ сроковъ. По этому въ Голландіи не разъ предполагали дать судьѣ болѣе активную роль въ письменной инструкціи. Въ 1855 г. на генеральныхъ штатахъ было предложено, чтобъ судъ имѣлъ право допускать или не допускать увеличенія, по взаимному согласію сторонъ, сроковъ. Новый проектъ повидимому допускаетъ эту пассивность судьи. Но такъ какъ онъ не принимаетъ дѣленія адвокатовъ на avocat и avoué, то легко можетъ случиться, что, при вмѣшательствѣ суда въ письменную инструкцію дѣла, адвокаты будутъ очень обременены, и будутъ поручать веденіе дѣлъ своимъ младшимъ товарищамъ. По этому нужно серьезно изслѣдовать, хотѣло ли законодательство сохранить пассивное положеніе судьи, предоставивъ ему только рѣшеніе дѣла, или нѣтъ. Понятно, что если допустить дѣятельное вмѣшательство суда, то нужно озаботиться и о томъ, чтобъ это не произвело увеличенія издержекъ и времени. Также важно опредѣлить, удовлетворительны ли въ новомъ проектѣ предписанія о производствѣ дѣлъ, вносимыхъ на сокращенный срокъ, особенно для маловажныхъ торговыхъ дѣлъ. Нѣмецкіе юристы задаютъ себѣ вопросъ: почему не вводятся въ Голландіи коммерческіе суды? Многіе голландскіе юристы предлагаютъ для большей быстроты процедуры ввести существующій въ нѣкоторыхъ германскихъ государствахъ порядокъ производства по взысканіямъ, именуемый Mahnverfahren. Опытъ Бадена показываетъ, что въ большинствѣ споровъ, исполнительные листы, выдаваемые при этомъ порядкѣ, производятъ очень хорошее дѣйствіе. Далѣе ст. 22—27 голландскаго проекта предписываютъ правила на тотъ случай, если одна сторона не явится на судъ. Существующій порядокъ основанъ на французскомъ Code, но и въ Голландіи и во Франціи возбуждается много спорныхъ вопросовъ, напр. о томъ случаѣ, если отвѣтчикъ явится на первое

засѣданіе, а на второе нѣтъ. Понятно, что если отвѣтчикъ не явится только во второе засѣданіе, то все-таки передъ судьей было состязаніе и производство можетъ быть продолжаемо и (по ст. 26) рѣшеніе судьи въ такомъ случаѣ *не считается заочнымъ* (что важно въ случаѣ неудовольствія рѣшеніемъ). Гораздо важнѣе другой вопросъ: долженъ ли судъ, въ случаѣ неявки отвѣтчика, считать достовѣрнымъ факты, приведенные истцомъ? Ст. 38 кодекса 1838 года разрѣшаетъ этотъ вопросъ положительно, но только тогда, если эти факты не покажутся суду ни onregtmatig, ни ongegrond. Эти слова возбудили много споровъ. По ст. 23 проекта судъ считаетъ достовѣрнымъ все, что утверждаетъ истецъ, если только оно не onregtmatig, доказывать же истецъ долженъ лишь то, что относится къ званію лица или къ обстоятельствамъ, въ которыхъ одного признанія отвѣтчика недостаточно. Ст. 24 допускаетъ истца къ словесному объясненію и тогда, когда отвѣтчикъ не явился въ судъ.

Голландскій проектъ (также какъ и кодексъ 1838 г.) считаетъ нужнымъ высказаться подробно о возраженіяхъ, не по примѣру французскаго Code, который въ этомъ случаѣ ограничивается краткими общими правилами. Голландскій проектъ постановляетъ, что возраженіе о неподсудности можетъ быть представлено во всякомъ положеніи дѣла и даже, если этого не сдѣлалъ отвѣтчикъ, то судъ самъ можетъ отклонить отъ себя дѣло, если оно принадлежитъ къ упомянутымъ въ ст. 72 Устава о Судоустройствѣ (ст. 28). Во всѣхъ же другихъ дѣлахъ, судъ самъ не заботится о подсудности, но отвѣтчикъ долженъ выставить это возраженіе прежде всѣхъ другихъ (ст. 29). Эвентуальное начало выражено въ ст. 32, по которой диляторныя возраженія должны быть приведены всѣ вмѣстѣ и прежде другихъ, также какъ и прежде возраженій по существу дѣла. Ст. 33 постановляетъ и относительно нѣкоторыхъ другихъ возраженій, чтобъ они были приводимы прежде возраженій по существу дѣла. Сюда относятся возраженія: 1) о силѣ имѣющагося судебнаго или третейскаго рѣшенія; 2) объ аналогическомъ случаѣ; 3) о томъ, что истецъ не обладаетъ качествомъ, которое онъ себѣ приписываетъ, или отвѣтчикъ тѣмъ,—которое ему приписываетъ истецъ. Послѣднимъ постановленіемъ разрѣшается также встрѣчающійся во французской практикѣ спорный вопросъ о возраженіи насчетъ недостатка легитимаціи (во Франціи это называется défaut de qualité). При обсужденіи проекта 1855 правительство высказало тотъ взглядъ, что подобное возраженіе равняется возраженію по существу дѣла. Но тогдашніе генеральные штаты, также какъ и новый проектъ, полагали, что это возраженіе состоитъ въ оспариваніи у лица права тягаться о дан-

номъ предметѣ и что нельзя принуждать отвѣтчика вести, вмѣсто легчайшаго спора о легитимаціи, другой, болѣе затруднительный—о данномъ дѣлѣ. Проектъ допускаетъ при подобномъ возраженіи подачу реплики и дуплики. Что касается встрѣчныхъ исковъ, то ст. 36—38 постановляютъ (чего нѣтъ во французскомъ Code), что отвѣтчикъ можетъ предъявлять ихъ всегда, исключая тѣхъ случаевъ, когда встрѣчный искъ не имѣетъ никакого отношенія къ первоначальному иску, кромѣ личности истца, или когда встрѣчный искъ по существу своему (т.-е. по предмету или личности отвѣтчика) подвѣдомъ другому суду. По ст. 39—41 судъ офиціальнымъ образомъ или по предложенію одной изъ сторонъ склоняетъ тяжущихся къ примиренію; въ коллегіальныхъ судахъ это должно дѣлаться предъ полнымъ составомъ ихъ, для того, чтобъ каждый членъ могъ попытаться примирить тяжущихся.

Переходя къ веденію доказательствъ и въ частности къ показаніямъ свидѣтелей, надо замѣтить, что тутъ предстояла настоятельная потребность улучшеній, ибо въ Голландіи была принята въ высшей степени безосновательная французская система, по которой свидѣтели допускаются только въ дѣлахъ, не превышающихъ цѣною извѣстной суммы. Въ новомъ проектѣ это измѣнено. По ст. 26, судъ можетъ, какъ ex officio, такъ и по требованію сторонъ, допрашивать свидѣтелей, на сколько это допущено закономъ и нужно для рѣшенія дѣла. По ст. 27 факты, которые нужно доказать посредствомъ свидѣтельскихъ показаній, должны быть точно опредѣлены. Противная сторона должна высказать, какіе изъ этихъ фактовъ она признаетъ, какіе отвергаетъ. Если она этого не дѣлаетъ, то приведенные факты, смотря по ихъ важности и потому, достаточно ли, по закону, для удостовѣренія въ ихъ дѣйствительности, признанія, принимаются за достовѣрные. Въ опредѣленіи суда о допросѣ свидѣтелей обозначаются обстоятельства, о которыхъ ихъ слѣдуетъ допросить, день допроса, имя и мѣстожительство свидѣтелей (ст. 31). Допросъ производится въ публичномъ засѣданіи суда. Все это оправдывается тѣми же мотивами, которые приводятся для этого въ уголовномъ процессѣ. Допросъ производится предсѣдателемъ каждому свидѣтелю особо. И члены суда, и стороны могутъ предлагать свидѣтелямъ вопросы, но, однако, каждая сторона можетъ просить судъ о недопущеніи даннаго вопроса съ другой. Если какая-либо сторона желаетъ, чтобъ было допрошено болѣе пяти свидѣтелей, то она должна платить за издержки остальныхъ (ст. 42). Отводы свидѣтелей проектъ предоставляетъ на усмотрѣніе суда (ст. 44). Эти отводы должны быть предъявляемы словесно и прежде приведенія свидѣтелей къ при-

сягѣ. Основанія, по которымъ свидѣтель отводитъ себя отъ показанія, должны быть доказаны письменно въ случаѣ, если стороны найдутъ ихъ недостаточными. Высказаться о свидѣтельскихъ показаніяхъ стороны могутъ или въ томъ же засѣданіи, или въ слѣдующемъ. Всѣ эти предписанія, конечно, улучшаютъ существующій порядокъ, но не нужно обманываться по поводу ихъ. Многаго еще остается желать для континента, пока онъ дойдетъ до англійскаго порядка допроса свидѣтелей, сила котораго заключается въ томъ, что допросъ производится не судьей, а сторонами (т.-е. ихъ адвокатами) и такимъ именно образомъ, что одна сторона допрашиваетъ своихъ свидѣтелей, потомъ ихъ же допрашиваетъ противная сторона, затѣмъ эта послѣдняя допрашиваетъ своихъ свидѣтелей, которые, наконецъ, допрашиваются первою стороной. Этотъ-то перекрестный допросъ ведетъ къ тому, что если даже свидѣтель и рѣшился покривить душой въ пользу стороны, сославшейся на него, то признаніе имъ нѣкоторыхъ пунктовъ, выясненныхъ на перекрестномъ допросѣ, существенно ослабляетъ силу его показаній. Голландскій проектъ дозволяетъ сторонамъ предлагать свидѣтелю вопросы только по окончаніи допроса его предсѣдателемъ, а этого очень недостаточно. Въ голландскомъ проектѣ не достаетъ постановленій на случай разногласія въ показаніяхъ свидѣтелей, также какъ и объ очной ставкѣ. Относительно показаній свѣдущихъ людей (deskundigen) проектъ содержитъ много улучшеній, достоинство которыхъ умаляется, впрочемъ, неправильнымъ взглядомъ на экспертовъ, на которыхъ смотрятъ то какъ на свидѣтелей, то какъ на помощниковъ судьи. Французскій Code неудовлетворителенъ, предписывая суду основывать свои рѣшенія на письменныхъ показаніяхъ экспертовъ. По голландскому проекту судъ можетъ, по просьбѣ сторонъ или по своему усмотрѣнію, потребовать заключенія одного или трехъ свѣдущихъ людей. Если судъ назначилъ одного эксперта, то стороны могутъ прибавить еще двухъ; если стороны недовольны экспертами, назначенными судомъ, то имъ дается 8-ми-дневный срокъ для назначенія другихъ. Отводы экспертовъ допускаются на тѣхъ же основаніяхъ, по которымъ отводятся свидѣтели. Судъ назначаетъ день, въ который эксперты должны доставить свое письменное заключеніе, или, если дѣло рѣшается даннымъ судомъ безапелляціонно, то представить свои изустныя объясненія. Экспертамъ предъявляются нужные акты и сторонами назначаются пункты, которые должно разъяснить (ст. 68). При разногласіи экспертовъ, дѣло рѣшается большинствомъ голосовъ, а если не составится большинства, то суду представляются всѣ мнѣнія съ мотивами ихъ. Эксперты допрашиваются тѣмъ же порядкомъ,

какъ и свидѣтели. Судъ не обязанъ подчиняться мнѣнію свѣдущихъ людей. Во всѣхъ новѣйшихъ законодательствахъ и проектахъ гражданскаго процесса очень мало обращается вниманія на то, что сдѣлано относительно показаній экспертовъ въ уголовномъ процессѣ. Правильный взглядъ на доказательство посредствомъ экспертовъ состоитъ въ томъ, что это особый родъ доказательствъ, существо котораго заключается въ необходимости, для пониманія извѣстныхъ явленій, особенныхъ техническихъ или научныхъ свѣдѣній. Эксперты—это лица, о которыхъ предполагается, что они обладаютъ этими свѣдѣніями. Они высказываютъ только свои мнѣнія, которыя судъ можетъ принять или не принять. Доказательная сила показаній экспертовъ лежитъ въ цѣломъ рядѣ предположеній. Еще древніе юристы говорили, что показанія экспертовъ доставляютъ только juramentum credulitatem, и это мнѣніе очень вѣрно, особенно если принять во вниманіе современное состояніе наукъ, не оставившее ни одного вопроса неоспореннымъ. Всякій опытный юристъ знаетъ, что письменное заключеніе свѣдущихъ людей очень рѣдко даетъ суду ясное понятіе о дѣлѣ, а, наоборотъ, словесное ихъ показаніе, при которомъ они подвергаются почти перекрестному допросу, очень много содѣйствуетъ разъясненію сомнѣній. Поэтому очень разумно постановлено въ голландскомъ и прусскомъ проектахъ, что судъ по своему благоусмотрѣнію назначаетъ словесныя или письменныя показанія экспертовъ.—Относительно осмотра на мѣстѣ ст. 76 постановляетъ, что судъ отряжаетъ для этого одного или нѣсколькихъ изъ своихъ членовъ. Здѣсь нельзя не указать на существующій въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ порядокъ этого осмотра: судъ въ полномъ составѣ отправляется вмѣстѣ съ тяжущимися сторонами туда, гдѣ нужно произвести осмотръ, по окончаніи котораго начинается производство по этому дѣлу и постановляется рѣшеніе тутъ же на мѣстѣ, или въ ближайшей гостинницѣ.—О письменныхъ доказательствахъ и производствѣ по сомнѣнію въ подлинности акта ст. 82 постановляетъ, что это производство начинается: 1) когда одна сторона не признаетъ подлинности приписываемаго ей акта; 2) когда она утверждаетъ, что не знаетъ почерка или подписи того, кому приписывается актъ; 3) когда она заявляетъ споръ о подлогѣ. Въ 1 и 2 случаяхъ сторона, предъявившая актъ, можетъ требовать, чтобы она была допущена къ доказательству его подлинности посредствомъ другихъ документовъ, экспертовъ и свидѣтелей. Что касается сличенія почерковъ, то ст. 90 постановляетъ, чтобъ для него преимущественно избирались: 1) акты публичные; 2) акты, подлинность которыхъ признана стороной, заявившей сомнѣніе; 3) тѣ

части заподозрѣннаго акта, подлинность которыхъ не оспорена. Судъ можетъ заставить сторону, противъ которой заявлено сомнѣніе, написать что-либо тутъ же, въ засѣданіи суда. Очень важна ст. 95, по которой сличеніе почерковъ можетъ произвести и самъ судъ, не приглашая для этого экспертовъ. О древнихъ документахъ проектъ ничего не говоритъ.

Важнѣйшимъ средствомъ обнаруженія истины на судѣ служитъ допросъ сторонъ судомъ или другой стороной. Это средство, извѣстное еще въ римскомъ правѣ (подъ названіемъ interrogationes in jure) и средневѣковомъ (positiones) съ теченіемъ времени потеряло свое истинное значеніе, особенно въ Германіи, благодаря преобладанію въ процессѣ письменности и того страннаго понятія, что нѣтъ необходимости говорить на судѣ правду, а также тому взгляду адвокатовъ, по которому призваніе сторонъ въ судъ обнаруживаетъ недовѣріе закона къ ихъ сословію. Во Франціи на этотъ институтъ смотрятъ тоже неблагопріятно, благодаря искаженіямъ, которымъ онъ подвергся въ ordonnance 1667 г. и въ Code, гдѣ онъ называется interrogation sur faits et articles. Бэлльо первый указалъ, какъ законодатель можетъ воспользоваться допросомъ сторонъ. Со временъ Бэлльо въ Германіи господствуетъ то воззрѣніе, что два института французскаго Code: interrogatoire и comparution de partie должны быть слиты въ одинъ. Въ новѣйшихъ германскихъ законодательствахъ interrogatoire отвергнуто, и принято, что судъ можетъ призывать стороны къ словесному состязанію и допрашивать ихъ. Новѣйшая практика показываетъ, что и этого мало, что рядомъ съ этимъ постановленіемъ должно существовать еще и такое, по которому одна сторона могла бы требовать явки на судъ другой даже тогда, когда самъ судъ не находитъ этого нужнымъ, что иначе могутъ произойдти очень вредныя послѣдствія, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда приходится положиться на присягу сторонъ. Изъ новѣйшихъ законодательствъ допросъ сторонъ принимаютъ италіянское, цюрихскій и голландскій проекты. Первое, впрочемъ, слишкомъ близко къ французскому, второй же установляетъ этотъ институтъ даже лучше, чѣмъ женевское законодательство. Особеннаго вниманія заслуживаетъ голландскій проектъ. По ст. 103 одна сторона можетъ во всѣхъ дѣлахъ, гдѣ признаніе служитъ доказательствомъ и во всякомъ положеніи дѣла требовать вызова противной стороны, для объясненія нѣкоторыхъ обстоятельствъ. Если эта сторона не явится, не представивъ извинительныхъ причинъ, то предполагается, что она признаетъ эти обстоятельства, но для дальнѣйшаго производства назначается новый срокъ. Если на этотъ разъ сторона явится, то она допускается къ объясненi-

ямъ, но платитъ убытки, причиненные ея неявкой. Обѣ стороны могутъ приводить съ собой адвокатовъ. Допросъ производится предсѣдателемъ суда, членами его и, съ разрѣшенія суда, тяжущимися сторонами. Корпораціи и общества могутъ присылать своихъ членовъ (ст. 110). Дальнѣйшее производство происходитъ или тотчасъ же по выслушаніи сторонъ, или въ другомъ засѣданіи. По ст. 118 стороны выслушиваются при закрытыхъ дверяхъ. Въ мотивахъ къ ст. 100—114 изложено различіе между допросомъ одной стороны по предложенію другой и допросомъ ея по усмотрѣнію суда: первый имѣетъ цѣлію добиться признанія стороны о фактахъ, еще не признанныхъ ею, и содержитъ въ себѣ частицу инквиціозности (хотя не болѣе, чѣмъ присяга); второй же имѣетъ цѣлію разъясненіе сторонами неясностей и неполноты, встрѣчаемыхъ въ ихъ показаніяхъ. Важность допроса сторонъ можно видѣть изъ англійской практики. Надо замѣтить, что по ст. 103—104 должны быть указаны только факты (feiten) нуждающіеся въ объясненіи, а не отдѣльные вопросы. Неодобрительно во всемъ этомъ только предписаніе о негласномъ допросѣ сторонъ. Опытъ Англіи доказываетъ, что публичность и необходимое ея послѣдствіе — стыдъ, служитъ лучшимъ средствомъ къ обнаруженію истины.

Здѣсь Миттермайеръ вдругъ оставляетъ голландскій проектъ и, обѣщая еще вернуться къ нему, считаетъ долгомъ обратиться къ новому Уставу гражданскаго судопроизводства для Италіянскаго королевства *). Конечно, говоритъ онъ, Уставъ этотъ страдаетъ многими недостатками, коренящимися, главнымъ образомъ, въ его подражаніи французскому кодексу, и не вполнѣ удовлетворяетъ всѣмъ современнымъ требованіямъ, но онъ замѣчателенъ тѣмъ, что ни одна страна не имѣетъ такихъ богатыхъ матеріаловъ для гражданскаго судопроизводства, какъ Италія. Законы 1854 и 1859 гг. произвели массу изслѣдованій, какъ практическихъ, такъ и научныхъ. Изъ послѣднихъ особенно замѣчательно Comentario del Codice di procedura civile per gli stati Sardi con le comparazione degli altri Codici p. Mancini, Pisanelli, Scialoja. Torino 1855 г. Возвѣщенная въ 1859 г. ревизія гражданскаго процесса опять произвела много научныхъ изслѣдованій, преимущественно занимавшихся сравненіемъ закона 1859 съ законами господствующими въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ провинціяхъ Италіи. Потребность въ единствѣ законодательства чувствовалась все болѣе и болѣе. 26-го ноября 1863 г. министръ юстиціи, Пизанелли, представилъ сенату законодательный проектъ, введеніе къ

*) Codice di procedura civile del Regno d'Italia 25-го іюня 1865 г.

которому *) особенно замѣчательно изложеніемъ общихъ принциповъ, опытовъ и мнѣній отличныхъ практиковъ о каждомъ отдѣльномъ ученіи, о каждомъ улучшеніи. Затѣмъ коммиссіи, замѣчательной по своему составу, были предложены многіе вопросы о разныхъ улучшеніяхъ и рѣшенія ея были представлены королю, который и утвердилъ ихъ 25-го іюня 1865 г. Съ величайшею похвалою отзывается Миттермайеръ о сочиненіи адвоката Мальтини и рекомендуетъ его всѣмъ занимающимся гражданскимъ процессомъ **).

Въ новѣйшее время въ ученыхъ и законодательныхъ работахъ обратились, по поводу новаго прусскаго проекта, къ критикѣ французскаго процесса, сильно нападали на него и признавали подражаніе ему вреднымъ для нѣмецкихъ государствъ. И въ самой Франціи ни одна изъ частей законодательства не подвергалась такимъ сильнымъ нападкамъ, какъ Code de procédure civile, потому что онъ обработанъ весьма небрежно, весьма не полонъ и слишкомъ много оставляетъ судебной практикѣ ***). Послѣ работы Бэлльо, во Франціи стали подумывать объ исправленіи Code и парижская академія назначила премію за лучшее сочиненіе по этому предмету. Вслѣдствіе этого появилось много сочиненій ****), указывавшихъ на измѣненія, сдѣланныя въ Code внѣ Франціи, на практикѣ и въ наукѣ, и предлагавшихъ разныя улучшенія *****). Но замѣчательно, что ни въ одномъ изъ этихъ сочиненій не затронуты принципы французскаго Code (за исключеніемъ принципа дѣленія процесса на обыкновенный и суммарный). Нападки направлены на редакцію и нѣкоторыя частности, и на адвокатовъ, недобросовѣстно прилагающихъ къ дѣлу предписанія закона.

Не мудрено, что Германія гораздо легче могла ввести у себя французскій уголовный процессъ, такъ полно и ясно изложенный въ Code d'instruction criminelle, чѣмъ гражданскій, съ которымъ приходилось знакомиться изъ отрывочнаго и полнаго пробѣловъ Code de procédure civile. Кромѣ того, нѣмецкіе юристы сильно стояли за привычные имъ взгляды на судей, адвокатовъ, преимущества письменности и институтъ докладовъ, такъ

---

*) Relazione sul progetto del Codice di procedura penale presentato al Senato 26 Nov. 1863.

**) Studi intorno alla peforma del processo civile dall' avvocato Maltini. Milano 1865 г. Продолжается оно въ Миланскомъ Monitore dei tribunali.

***) *Bordeaux*, Philosophie de la procédure civile. *Lavielle* Etudes sur la procédure civile. Paris 1862.

****) *Bordeaux, Seligman, Regnard.*

*****) Изъ новѣйшихъ сочиненій особенно замѣчательно *Lavielle* Etudes.

что всѣ законы, изданные послѣ 1849 года, носятъ на себѣ характеръ двойственности: съ одной стороны въ нихъ видно стремленіе усвоить французскія начала, съ другой—стараніе спасти нѣмецкіе принципы.

Это направленіе измѣнилось послѣ изданія баварскаго и прусскаго проектовъ. Прусскій кодексъ старается избѣгнуть половиннаго, неполнаго проведенія принципа устности, встрѣчаемаго въ другихъ нѣмецкихъ кодексахъ и придерживается французско-рейнской системы, значительно улучшенной имъ. На это возстали многіе юристы, боявшіеся, чтобы французскія начала не устранили нѣмецкихъ (идеально-понятыхъ, впрочемъ). Фонъ-Крэвель напалъ на французскую систему во всѣхъ ея частяхъ и старался доказать преимущества нѣмецкихъ воззрѣній. Не менѣе сильны были нападки Леонгардта, главнаго редактора ганноверскаго проекта, который сравнилъ прусскій проектъ съ ганноверскимъ и доказалъ противорѣчіе его нѣмецкимъ началамъ. Съ этой же точки зрѣнія профессоръ Ниссенъ нападалъ на прусскій проектъ и пришелъ къ тому заключенію, что новый проектъ принимаетъ такое судопроизводство, которое, обременяя тяжущихся своимъ формализмомъ, и увеличивая время и издержки производства, все-таки не ведетъ за собой такого судебнаго рѣшенія, которое основывалось бы на непосредственномъ, словесномъ состязаніи и гарантировало бы правовыя отношенія.

Совершенно другимъ духомъ отличаются статьи, помѣщаемыя въ „прусской адвокатской газетѣ" и въ „архивѣ для гражданской практики", направленныя къ тому, чтобы развить начала, принятыя въ основаніе прусскаго проекта, изслѣдовать нѣкоторыя отдѣльныя предписанія и добросовѣстно указать на недостатки его. Вездѣ, впрочемъ, сожалѣютъ о томъ, что прусскій проектъ не примкнулъ къ ганноверскому, имѣющему въ виду всю Германію; что проектъ, подъ вліяніемъ нѣмецкихъ воззрѣній, не вездѣ послѣдователенъ. Многія практическія замѣчанія относятся къ находящимся въ проектѣ постановленіямъ о предварительной письменной подготовкѣ и различію между обыкновеннымъ и упрощеннымъ порядкомъ процесса. При чемъ предлагаютъ принять послѣдній за правило, а первый допускать лишь въ видѣ исключенія. Кромѣ того, указываютъ на невыгоды уничтоженія эвентуальнаго начала и опасность такой большой дискреціонной власти судьи, какая предоставлена ему въ ст. 324 проекта. Противъ опредѣленія, чтобъ въ одномъ засѣданіи читались состязательныя бумаги, а чтобы словесныя состязанія происходили въ другомъ, возражаютъ, что это сопряжено съ

лишней потерей времени. Мнѣнія Крэвеля и Леонгардта весьма доказательно опровержены Гиншіусомъ.

Крэвель придаетъ французскому процессу значеніе національное и политическое и на этомъ основываетъ его непригодность для Германіи. По его мнѣнію Французы, съ свойственнымъ имъ легкомысліемъ относятся къ дѣламъ и въ то время, какъ нѣмецкій судья, не жалѣя силъ и трудовъ, старается содѣйствовать сторонамъ и слѣдитъ за обмѣномъ бумагъ между ними, французскій — старается какъ можно долѣе не принимать накакого участія въ дѣлѣ. Устность, по мнѣнію Крэвеля, вредитъ основательности, ибо живымъ словомъ не трудно произвести моментальное впечатлѣніе, ошеломить и судью и противника и выиграть неправое дѣло, что и составляетъ тріумфъ французскаго адвоката. Нѣмцы не любятъ подобныхъ ораторскихъ эффектовъ Письменность всего болѣе содѣйствуетъ спокойному и основательному обсужденію дѣла и притомъ, она даетъ судьѣ основаніе полагать, что онъ имѣетъ дѣло съ сторонами, а не съ минутнымъ вдохновеніемъ адвоката. Все, что Крэвель говоритъ объ учрежденіи докладчиковъ, заслуживаетъ вниманія.

Далѣе онъ полагаетъ, что очень вредно постановленіе Прусскаго проекта, по которому при изустномъ состязаніи дѣло должно быть излагаемо опять сначала, какъ будто бы судъ совершенно не былъ знакомъ съ нимъ. Онъ порицаетъ то, что судъ освобожденъ отъ заботъ о непрерывномъ ходѣ дѣла, и предоставляетъ ихъ адвокатамъ, которые по сословной угодливости могутъ назначать другъ другу какіе угодно сроки. Сильно порицаетъ онъ также то, что законъ обязываетъ стороны брать себѣ адвокатовъ, отнимая возможность лично вести свои дѣла у тѣхъ, кто желаетъ и способенъ къ этому. Однимъ изъ преимуществъ прежняго Германскаго процесса онъ считаетъ разсмотрѣніе жалобъ самимъ судомъ, чѣмъ сразу прекращались неосновательные и недопускаемые иски. Институтъ судебныхъ приставовъ Крэвель считаетъ источникомъ проволочекъ, лишнихъ издержекъ, произвола и злоупотребленій. Всего вреднѣе— отмѣна эвентуальнаго начала. Все это, по его мнѣнію, имѣетъ цѣлію облегчить судью и потворствуетъ его бездѣятельности.

Менѣе рѣзко возстаетъ противъ прусскаго проекта Леонгардтъ въ своемъ сочиненіи, которое хотя и старается выставить всѣ преимущества ганноверскаго проекта, но тѣмъ не менѣе признаетъ и нѣкоторыя темныя его стороны. Его нападки главнымъ образомъ направлены противъ французскаго формализма, особенно обнаруживающагося въ такъ называемыхъ

conclusions motivées. Но съ этимъ упрекомъ въ формализмѣ надо бы быть поосторожнѣе. Нѣтъ ни одного законодательства, въ которомъ не было бы много формальныхъ предписаній, необходимыхъ для обезпеченія единообразнаго производства. Безспорно, что прусскій проектъ во многихъ случаяхъ строже къ формѣ, чѣмъ французскій Code, но въ томъ-то и дѣло, что нѣмецкіе юристы не обращаютъ вниманія на то, что судебная практика во Франціи смягчаетъ строгость многихъ постановленій Code. Леонгардтъ сильно порицаетъ уничтоженіе въ новомъ проектѣ эвентуальнаго начала.

Ниссенъ тоже высказывается противъ обязательности адвокатовъ. Вообще его порицанія довольно не основательны. Достойны вниманія только нѣкоторыя его замѣчанія, напр. о томъ, что прусскій проектъ даетъ предписанія о многомъ такомъ, что лучше было бы предоставить практикѣ; что правило о двухъ отдѣльныхъ засѣданіяхъ, одного для слушанія доклада, другаго для словесныхъ состязаній—очень вредно; также достойны вниманія нѣкоторыя его замѣчанія о правѣ измѣненія требованій.

Жалобы Крэвеля на то, что Прусскій проектъ стараетс только подражать французскому Code и такимъ образомъ противорѣчитъ нѣмецкому юридическому сознанію и нѣмецкой основательности, эти жалобы живо напоминаютъ то время, когда подобныя же опасенія были возбуждены въ Германіи введеніемъ гласнаго уголовнаго процесса съ присяжными. Тогда всѣ очень скоро убѣдились, что тѣ, которые стремились улучшить уголовный процессъ и при этомъ обращались къ французскому, тоже видѣли недостатки сего послѣдняго и были очень далеки отъ того, чтобы считать его идеаломъ, а обращались къ французскому законодательству потому, что въ немъ уже были возведены въ форму закона тѣ принципы, на которыхъ должны основываться всѣ новѣйшія улучшенія. Крэвель забываетъ, что уже въ 1521 году на имперскомъ сеймѣ, по поводу дурнаго состоянія гражданскаго процесса въ Германіи, разсуждали о томъ, чтобъ исправить его по образцу rota romana и Парижскаго парламента. Если Крэвель утверждаетъ, что французскій процессъ есть слѣдствіе легкомысленности Французовъ, лѣности судей и привычки гражданъ довѣрять все адвокатамъ,—то въ этомъ виновато его незнаніе. Французъ легко волнуется, но никто изъ знакомыхъ съ этимъ народомъ не скажетъ, чтобъ онъ былъ легкомысленъ въ судебныхъ дѣлахъ и въ довѣріи къ адвокатамъ и нотаріусамъ. Что касается обвиненія французскихъ судей въ лѣности, то нужно сказать, что Франція издавна и всегда имѣла многихъ юристовъ, которые въ основательности не усту-

пали юристамъ другихъ странъ; что, конечно, бываютъ и между французскими, также какъ и между нѣмецкими судьями такіе, которые механически исполняютъ свое дѣло, но что большинство французскихъ и рейнскихъ судей добросовѣстно выполняютъ свое назначеніе, съ напряженнымъ вниманіемъ слѣдятъ за словеснымъ состязаніемъ и ни въ какомъ случаѣ не относятся легкомысленно къ постановленію рѣшенія.

Для доказательства этого Миттермайеръ исчисляетъ занятія и обязанности французскаго судьи. Но объ этомъ мы поговоримъ въ слѣдующей книжкѣ нашего журнала.

(Продолженіе слѣдуетъ.)

ЮРИДИЧЕСКІЯ ЗАМѢТКИ.

I.

Грабежъ и кража. 12-го августа 1867 года, въ Московскомъ Окружномъ Судѣ слушалось дѣло по обвиненію извощика въ грабежѣ, совершенномъ имъ надъ пьяной до безчувствія женщиной. Обстоятельства дѣла весьма не сложны: въ сторонѣ отъ проѣзжей дороги, около одной изъ замосковныхъ деревень, прошлою зимою былъ усмотрѣнъ извощикъ, „копошившійся" около какой-то фигуры, лежавшей въ снѣгу. Увидѣвъ приближающихся людей, онъ поѣхалъ имъ навстрѣчу и на вопросъ: „что тамъ лежитъ?" отвѣчалъ „не знаю". Въ снѣгу оказалась лежащею женщина уже довольно пожилая, съ поднятымъ платьемъ и обнаженными ногами. Она была въ безчувственномъ состояніи и по доставленіи въ больницу вскорѣ умерла отъ апоплексическаго удара, бывшаго слѣдствіемъ крайняго опьяненія. У задержаннаго извощика въ саняхъ, подъ сидѣньемъ, оказались стаканчикъ, чулки и башмаки умершей. При допросѣ онъ показалъ, что не знаетъ какъ попали къ нему эти вещи, такъ какъ онъ былъ въ состояніи крайняго опьяненія. По разсмотрѣніи дѣла Судебною Палатой извощикъ былъ преданъ суду за грабежъ, безъ насилія. Во время судебныхъ преній обвинитель высказывалъ мысль, что въ настоящемъ случаѣ надо видѣть вполнѣ совершенный грабежъ и притомъ преимущественно второй изъ его видовъ, указанныхъ въ 1637 ст. Улож. о Нак. изд. 1866 года. Обвинитель находилъ, что извощикомъ былъ совершенъ грабежъ въ присутствіи хозяина вещей, слѣдовательно одинъ изъ видовъ открытаго, но безъ насилія, похищенія, о которомъ говорится въ 1637 ст. Обвинитель не считалъ состояніе безпамятства, въ которомъ находилась *ограбленная*, по его словамъ, женщина за обстоятельство, могущее повліять на измѣненіе юридической оцѣнки дѣянія извощика.

Судомъ былъ, между прочимъ, поставленъ вопросъ о томъ, не совершено ли было въ данномъ случаѣ тайное похищеніе, и на этотъ вопросъ присяжные отвѣтили утвердительно, вслѣдствіе чего извощикъ былъ признанъ виновнымъ къ кражѣ. Нельзя не согласиться вполнѣ съ приговоромъ суда и съ рѣшеніемъ присяжныхъ, которое обличаетъ въ нихъ способность изъ поставляемыхъ вопросовъ выбрать тотъ, который ближе всего подходитъ подъ истинно юридическое понятіе о преступленіи.

Подъ грабежемъ разумѣется насильственное или открытое похищеніе чужаго имущества. Слово *открытое* объясняется послѣдующими словами закона: „въ присутствіи самого хозяина или другихъ“.

Что же нужно разумѣть подъ словомъ *присутствіе?* Можно ли считать имъ простую бытность хозяина вещи или постороннихъ лицъ въ томъ мѣстѣ, откуда производится похищеніе? Но если допустить такое толкованіе слова „присутствіе“, то придется признать грабителемъ всякаго вора, вытаскивающаго платки изъ кармана въ церкви, въ многолюдномъ собраніи и т. п. Въ такомъ случаѣ понятіе о грабежѣ придется распространить на множество случаевъ, имѣющихъ, на простой логическій взглядъ видъ кражи. Грабежъ всегда и вездѣ, гдѣ онъ признавался за особый видъ преступленій противъ собственности, а не сливался съ разбоемъ, — считался болѣе опаснымъ видомъ посягательствъ на чужое имущество, чѣмъ кража. Кража есть тайное, сокрытое похищеніе, обличающее въ преступникѣ нѣкоторое малодушіе, слабость воли, боязнь нарушить явно установленный законами и обычаемъ порядокъ. Напротивъ, въ случаяхъ грабежа, даже и безъ насилія, нужна нѣкоторая доля дерзости, нужно смѣлое посягательство на чужія права. Въ противоположность тайному похищенію—грабежъ есть открытое похищеніе, явное, совершаемое прямо и, такъ сказать, не лицемѣрно. Грабитель постоянно долженъ ожидать отпора отъ лицъ, которыя присутствуютъ при его дѣяніи,—своимъ дѣломъ онъ совершаетъ провокацію, вызовъ на защиту имущества. Поэтому грабежъ открытый нерѣдко обращается въ грабежъ съ насиліемъ. Однимъ словомъ, грабежъ требуетъ бóльшей доли преступной рѣшимости чѣмъ кража, почему и наказывается строже. Изъ того, что законъ предполагаетъ бóльшую дерзость въ грабителѣ, который постоянно рискуетъ вызвать сопротивленіе, слѣдуетъ, что и хозяинъ похищаемой вещи и постороннія лица должны сознавать, что въ ихъ глазахъ совершается грабежъ, что ихъ, быть-можетъ, ожидаетъ и самихъ насиліе со стороны похитителя.

Существеннѣйшее и непремѣнное условіе грабежа есть на-

силіе: *дѣйствительное* (1-я часть 1637 ст. Улож. о Нак.) или *ожидаемое* (2-я часть 1637 ст.). Насиліе всегда выражается въ *открытомъ* дѣйствіи, которое требуетъ сознанія въ тѣхъ, противъ кого оно направлено. Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ со стороны лицъ, у коихъ похищаются вещи, нѣтъ сознанія, что они подвергаются ограбленію, не можетъ быть признаваемъ грабежъ.

Въ дѣяніи извощика по отношенію къ безчувственно пьяной женщинѣ видна одна кража, и грабежъ существовалъ бы лишь тогда, когда похищеніе чулокъ, башмаковъ, и прочаго совершилось въ присутствіи постороннихъ лицъ, напр. шедшихъ на дорогѣ, сознававшихъ притомъ, что извощикъ совершаетъ похищеніе *). Роль, играемая сознаніемъ лицъ, страдающихъ отъ преступленій противъ имущества: отъ кражи, грабежа, разбоя и мошенничества, довольно рѣзко очерчивается. Для существа кражи необходимо, чтобы хозяинъ вещи не сознавалъ, что у него совершается похищеніе, которое должно происходить въ тайнѣ; мошенничество предполагаетъ ложное пониманіе хозяиномъ вещи дѣйствія похитителя, предполагаетъ, что хозяинъ обманывается относительно истинныхъ свойствъ совершающагося; наконецъ, въ грабежѣ и разбоѣ необходимо должно быть сознаніе, что воля грабителя или разбойника направляется на похищеніе и отнятіе чужой вещи. Грабежъ по отношенію къ безчувственно пьяному, сонному, умирающему трудно себѣ представить еще и потому, что со стороны преступника нельзя видѣть умысла ограбить. Напротивъ, пользуясь безпамятствомъ хозяина вещи, онъ совершаетъ тайное похищеніе, т.-е. кражу. Такимъ образомъ снятіе вещей съ человѣка, находящагося въ безсознательномъ состояніи, не представляетъ ни субъективныхъ, ни объективныхъ признаковъ грабежа. Такъ смотритъ на дѣло и Петербургская Судебная Палата, опредѣлившая, 5-го сентября 1866 года, что похищеніе у безчувственно пьянаго есть кража.

А. К.

Дополненіе къ предыдущей замѣткѣ. Авторъ вышепомѣщенной замѣтки весьма справедливо указываетъ на ошибочность воззрѣнія обвинительной власти въ изложенномъ выше дѣлѣ. Дѣйствительно, случаи *ограбленія* спящихъ и безсознательно пьяныхъ не мыслимы не только въ теоріи, но положительно противны какъ буквѣ, такъ и духу нашего положительнаго права. Тѣмъ не менѣе въ дѣйствительности воззрѣніе, подобное тому, которое высказано товарищемъ прокурора въ дѣлѣ помянутаго

---

*) И когда, прибавимъ, извощикъ сознавалъ бы съ своей стороны, что дѣяніе его *открыто* для этихъ постороннихъ.

извощика, не составляетъ исключительнаго явленія въ нашей судебной практикѣ. Причина этого заключается, какъ намъ кажется, въ томъ, что не всегда отдаютъ себѣ отчетъ въ существенномъ различіи грабежа безъ насилія отъ простой кражи. Различіе это слѣдуетъ искать преимущественно въ *субъективномъ*, а не въ объективномъ составѣ помянутыхъ преступленій. Наше законодательство, въ отличіе отъ всѣхъ прочихъ, для состава кражи требуетъ одинъ лишній признакъ, который, какъ намъ кажется, составляетъ настоящую причину неправильнаго пониманія грабежа безъ насилія, образующаго ближайшій переходъ отъ одного, менѣе важнаго, вида преступленій противъ собственности, къ другому болѣе важному и сложному. Мы говоримъ о требованіи закона, чтобы кража совершена была *тайнымъ* образомъ. Признакъ этотъ, имѣющій свое начало въ римскомъ раздѣленіи кражи на *furtum manifestum* и *nec manifestum*, давнымъ давно исключенъ изъ опредѣленій кражи въ новыхъ иностранныхъ кодексахъ, равно какъ и положительно не признается теоріей, въ смыслѣ необходимаго элемента этого преступленія. Для понятія кражи вездѣ требуется лишь противозаконное похищеніе чужой вещи съ цѣлью воспользоваться ею во вредъ хозяину. Тайно ли совершено это похищеніе или на глазахъ хозяина — для состава кражи, по теоріи и законодательствамъ западно-европейскимъ, все равно. Только тогда, когда къ похищенію привходитъ новый, совершенно разнохарактерный элементъ, какъ насиліе (физическое или нравственное) или обманъ, тогда кража переходитъ въ другой видъ преступленій противъ чужой собственности. Похищеніе, сопровождавшееся физическимъ насиліемъ, составляетъ разбой—Raub; похищеніе помощью нравственнаго насилія образуетъ вымогательство—Erpressung; наконецъ, похищеніе помощью обмана порождаетъ мошенничество въ обширномъ смыслѣ — Betrug. У насъ, какъ извѣстно, классификація преступленій противъ чужой собственности совершенно своебразная. Уложеніе, вѣрное своему казуистическому характеру, не ограничивается указаніемъ главныхъ формъ или видовъ этихъ преступленій (ст. 1626 Улож. изд. 1866 г.), но вдается еще въ подробное дробленіе видовыхъ на подвидовыя понятія. Такъ, похищеніе съ насиліемъ раздѣляется на разбой и грабежъ перваго рода (ст. 1627 и 1637); похищеніе безъ насилія— распадается на грабежъ втораго рода и на простую кражу (ст. 1637 и 1644) и только мошенничество не распадается на подвидовыя понятія (ст. 1666). Разсматривая двѣ формы похищенія безъ насилія (грабежъ втораго рода и кражу), практики наши преимущественно останавливаются на признакѣ *тайнаго* похищенія. Они видятъ, что для понятія грабежа безъ насилія законъ требуетъ

похищенія въ присутствіи хозяина вещи или постороннихъ лицъ, для состава же кражи необходимо, чтобы похищеніе совершалось тайно: т.-е. въ отсутствіи хозяина вещи или незамѣтнымъ для него образомъ; отсюда выводятъ, что одинъ фактъ присутствія лица, у котораго производится похищеніе, дѣлаетъ послѣднее грабежемъ. Но это значитъ быть слишкомъ формальнымъ въ дѣлахъ уголовныхъ. Различіе грабежа безъ насилія отъ кражи заключается не въ формальныхъ лишь признакахъ, а въ различіи *субъективнаго* состава того и другаго преступленія. Грабежъ, съ насиліемъ и безъ насилія прежде всего предполагаетъ *открытое* похищеніе. „При грабежѣ, сказано въ одномъ рѣшеніи Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената [1]), совершается насильственное, открытое похищеніе, *такъ что лицо, у котораго имущество похищается, знаетъ, что похититель не имѣешъ никакого права взять вещь и допускаетъ похищеніе ея невольно, уступая силѣ или не имѣя возможности препятствовать похищенію*", а похитителю, прибавимъ мы, извѣстно, что лицо ограбляемое *сознаетъ и ощущаетъ вышеописанное состояніе свое.* Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда грабитель думаетъ, что совершаетъ грабежъ, а на самомъ дѣлѣ страдающій субъектъ не сознаетъ и не чувствуетъ похищенія (напр. при отрѣзываніи полы отъ платья) или, на оборотъ, когда похититель думаетъ, что совершаетъ кражу, а на самомъ дѣлѣ страдательное лицо сознаетъ несправидливость нападенія, но молчитъ (напр. при кражѣ, совершенной у лица, притворяющагося спящимъ), какъ въ первомъ, такъ и въ послѣднемъ изъ этихъ случаевъ нѣтъ грабежа, а только кража. Отсюда ясно, что для состава грабежа безъ насилія необходимо, чтобы какъ похититель, такъ и ограбленный сознавали при самомъ совершеніи преступленія, что похищеніе совершается открыто; что совершается не *взятіе*, а *отнятіе* вещи. Только въ грабежѣ и возможно отнятіе имущества, а на оборотъ, одно взятіе есть только кража. Слово отнятіе предполагаетъ нападеніе съ одной и сопротивленіе съ другой стороны; съ понятіемъ же о взятіи вещи соединяется лишь представленіе объ односторонней дѣятельности лица берущаго, завладѣвающаго, безъ всякаго указанія на лицо сопротивляющееся. Воръ беретъ вещь, грабитель ее отнимаетъ. Было ли сопротивленіе дѣйствительное или только возможное, выразилось ли оно матеріально или въ одномъ терпѣніи или страданіи (dulden)—для понятія грабежа все равно. Русскій разбой и грабежъ шире нѣмец-

---

[1]) По дѣлу мѣщанъ Гальперина и Герасимова и крестьянина Ракитина отъ 7-го апрѣля 1867 г. (Сб. К. Р. 1867 г. № 135.)

каго Raub; ибо первое вмѣщаетъ въ себѣ и насиліе нравственное (угрозы). Такимъ образомъ, одно присутствіе хозяина вещи или постороннихъ лицъ для понятія грабежа еще недостаточно; необходимо, чтобы лица эти сознавали, что похищеніе совершается открыто. Взглядъ нашъ вполнѣ подтверждается нѣсколькими Высочайше утвержденными мнѣніями государственнаго совѣта, составляющими для практиковъ лучшій аргументъ справедливости или ложности того или другаго вывода. Въ мнѣніи государственнаго совѣта, 31-го марта 1847 г. [1]) признано было, что похищеніе изъ кармана бумажника съ деньгами при толпѣ народной, причемъ самый фактъ похищенія *хотя и былъ замѣченъ однимъ изъ этой толпы*, не составляетъ грабежа, а простую кражу, ибо въ фактѣ этомъ нѣтъ *открытаго* похищенія, необходимаго для состава втораго вида грабежа. Въ Мнѣніи государственнаго совѣта отъ 26-го іюня 1856 г. [1]) также признано было, что фактъ „отрѣзанія незамѣтнымъ образомъ съ воротника крестьянина Юркова, *бывшаго въ нетрезвомъ видѣ*, бумажника съ паспортомъ и деньгами, не заключаетъ въ себѣ *открытаго* похищенія, составляющаго необходимый признакъ одного изъ видовъ грабежа и что совершенное Шестаковымъ преступленіе слѣдуетъ отнести къ кражѣ.

С. Ш.

II.

Что слѣдуетъ по закону разумѣть подъ растлѣніемъ? Въ новой судебной практикѣ не разъ уже возникалъ вопросъ о томъ, что именно нужно считать растлѣніемъ. Уложеніе о наказаніяхъ, какъ извѣстно, очень скупо на юридическія опредѣленія преступленій, предоставляя практикѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ подводить добытые изъ дѣла признаки подъ то или другое преступленіе, которое описывается казуистически или же упоминается просто въ видѣ юридическаго термина. Въ послѣднемъ случаѣ возможны разнообразныя и подъ-часъ слишкомъ широкія и произвольныя, по нашему мнѣнію, толковонія.

Уложеніе наше не говоритъ, что нужно понимать подъ растлѣніемъ и чѣмъ оно существенно отличается отъ изнасилованія,— оно прямо указываетъ на наказаніе, которое слѣдуетъ за то и другое.

Понятно, что при разнообразіи и многочисленности различныхъ

[1]) По дѣлу унтеръ-офицера Александра *Тіинцова* (Сб. Мн. Г. С. стр. 198.)

[1]) По дѣлу объ отставномъ коллежскомъ регистраторѣ *Шестаковѣ* (Сб. М. Г. С. стр. 199).

случаевъ оскорбленій чести и цѣломудрія женщинъ, посягательствъ на нравственную чистоту и тѣлесную неприкосновенность и т. п. при широкомъ толкованіи понятія о растлѣніи, подъ это понятіе могутъ быть подводимы случаи, вовсе не соотвѣтствующіе юридическимъ признакамъ этого преступленія.

Нѣкоторые юристы практики подъ растлѣніемъ разумѣютъ всякое или почти всякое противозаконное дѣйствіе, которое имѣло своимъ послѣдствіемъ уничтоженіе дѣвственной плевы. Поэтому растлѣніе дѣвственной плевы пальцемъ, введеніемъ посторонняго твердаго тѣла, палочки и т. п. считается растлѣніемъ. Такой взглядъ кажется намъ ошибочнымъ, хотя онъ нерѣдко встрѣчается въ русской уголовной практикѣ. Такъ въ разсмотрѣніи Судебныхъ Палатъ были два дѣла, обстоятельства которыхъ представляютъ большое сходство. Въ обоихъ дѣлахъ обвиняемые, пьяные, взявъ на руки маленькихъ дѣвочекъ, ткнули имъ пальцами въ дѣтородныя части, и услышавъ крикъ, тотчасъ отпустили дѣтей. Въ обоихъ случаяхъ дѣвственная плева оказалась разорванною. Обвиняемые заявили, что разорвали плеву безъ всякой цѣли, не имѣя помысловъ насиловать свою жертву или совокупляться съ нею, а сдѣлали это будучи въ пьяномъ видѣ и не отдавая себѣ отчета въ своихъ поступкахъ.—Обвинительная власть указывала въ обоихъ случаяхъ на преступленіе растлѣнія и находила, что въ обоихъ случаяхъ оно совершено безъ насилія, но съ употребленіемъ во зло невинности и невѣдѣнія пострадавшихъ лицъ.

Растлѣніе требуетъ, главнѣйшимъ образомъ, половаго совокупленія, или покушенія на него;—разрывъ дѣвственной плевы, какъ необходимое слѣдствіе растлѣнія, долженъ быть въ тоже время результатомъ противозаконнаго состороны мужчины соединенія своихъ половыхъ частей съ частями женщины. Безспорно, что подъ такой взглядъ на растлѣніе не подойдетъ множество различныхъ безнравственныхъ дѣяній, имѣющихъ нерѣдко цѣлью косвенное удовлетвореніе половыхъ побужденій. Такъ напр. въ послѣднемъ изданіи извѣстнаго труда Тардье „Etude médico-légal sur les attentats aux moeurs„ приведенъ возмутительный случай разорванія матерью дѣвственной плевы у своей 6-ти лѣтней дочери, совершенный какъ видно подъ вліяніемъ крайняго раздраженія и извращенія чувственно-растроеннаго воображенія [1]). Подобные случаи подводятся подъ

1) Уже возможность разрыва дѣйственной плевы не мужчиной, а женщиной ясно доказываетъ, что подобное дѣяніе не можетъ подходить подъ юридическое понятіе *растлѣнія*, какъ преступленія противъ цѣломудрія женщинъ.

рубрику, существующую въ Code pénal подъ именемъ attentats à la pudeur, въ австрійскомъ уложеніи носящую названіе Schändung. Во многихъ случаяхъ при совершеніи мужчиной безнравственныхъ дѣйствій надъ дѣвушкой, оскорбляющихъ чувство стыдливости,—дѣйствія эти могутъ влечь разрывъ дѣвственной плевы, но никакъ не могутъ быть признаваемы за растлѣніе, тѣмъ болѣе, что руководящіе мотивы въ данныхъ случаяхъ не могутъ быть съ точностію опредѣлены.

Такъ какъ въ уложеніи нашемъ нѣтъ указаній на подобные случаи оскорбленія нравственности, то приходится или обращаться къ законамъ о растлѣніи или же къ III главѣ, X раздѣла Улож., но признаніе въ такихъ случаяхъ растлѣнія противурѣчило бы и юридическому понятію объ этомъ преступленіи и даже взгляду на него Уложенія. Уложеніе о наказаніяхъ, говоря о растлѣніи, тоже имѣетъ въ виду половое совокупленіе или покушеніе на него. Статья 1524 говоритъ о „вѣроятныхъ послѣдствіяхъ преступленія для сдѣлавшейся жертвою *сластолюбія* преступника,, что прямо указываетъ на необходимость половаго соединенія,—на то, что жертва преступленія должна послужить объектомъ удовлетворенія половой страсти.

Остается, слѣдовательно, видѣть въ указанныхъ случаяхъ нанесеніе ранъ, увѣчья и тѣлесныхъ поврежденій и примѣнять статьи 1480 или 1483 Уложенія. Это единствено-правильный исходъ въ данныхъ случаяхъ.

Такъ смотрятъ на дѣло и Судебныя Палаты, изъ которыхъ Петербургская, въ опредѣленіи по дѣлу Абрамова, обвинявшагося въ растлѣніи малолѣтней дѣвицы Ш., прямо выразила, что „по нашимъ законамъ растлѣніе и изнасилованіе могутъ быть только слѣдствіемъ сближенія между собою половыхъ частей мужчины и женщины...... одно ковырянье пальцами въ дѣтородныхъ частяхъ не можетъ быть названо ни растлѣніемъ ни изнасилованіемъ.“

А. К.

III.

Замѣтка о постановленіи вопросовъ. Безспорно, что одна изъ важнѣйшихъ обязанностей суда въ судебномъ засѣданіи, съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, заключается въ постановленіи вопросовъ, предлагаемыхъ судомъ этимъ послѣднимъ. Отъ яснаго, точнаго и правильнаго постановленія вопросовъ зависитъ не только часто, но большею частью, правильное рѣшеніе вопроса о виновности, а слѣдовательно и самой участи подсудимаго. И потому все касающееся дѣла такой важности не мо-

жетъ быть лишено интереса и значенія, если служитъ къ развитію или разъясненію его.

23-го іюня, во Владимірскомъ Окружномъ Судѣ, рѣшалось дѣло по обвиненію въ кровосмѣшеніи крестьянина Петра Леонтьева и снохи его Варвары Ивановой. Защитникъ этой послѣдней, признавая самый фактъ кровосмѣшенія, не признавалъ *виновности* въ немъ Варвары Ивановой, такъ какъ участіе ея было недобровольное, вынужденное рядомъ насилій физическихъ и моральныхъ, и потому просилъ ея оправданія. Самъ товарищъ прокурора, хотя и не признавалъ полной невиновности Варвары Ивановой, но допускалъ для нее многочисленныя смягчающія обстоятельства, и признавалъ всю величину разницы участья въ преступленіи Варвары Ивановой и ея свекра.

Несмотря на протестъ какъ товарища прокурора, такъ и защитника, судъ постановилъ о *двухъ* подсудимыхъ *одинъ* вопросъ, именно: „виновны ли подсудимые крестьянинъ Петръ Леонтьевъ въ томъ, что, пользуясь особеннымъ своимъ положеніемъ въ семействѣ, склонялъ свою сноху Варвару Иванову къ плотскому съ нимъ сожитію, и имѣлъ ли съ нею это сожитіе, а Варвара Иванова въ томъ, что поддавшись вліянію свекра Петра Леонтьева имѣла съ нимъ вышеупомянутую противузаконную связь.“ Предсѣдательствовавшій въ судѣ не согласился съ постановкою *одного*, а не двухъ *вопросовъ* и подалъ о томъ особое мнѣніе.

Подобное постановленіе вопроса, именно *одного общаго* для двухъ подсудимыхъ прежде всего противно 758 ст. Уст. Угол. Суд., которая прямо говоритъ: „Если въ преступленіи или проступкѣ участвовало нѣсколько лицъ, то о степени участія каждаго изъ нихъ постановляется отдѣльный вопросъ.“ Вовторыхъ, несогласно съ 756 ст., которая говоритъ: „Не слѣдуетъ ни въ какомъ случаѣ соединять такіе вопросы, изъ коихъ одинъ можетъ быть разрѣшенъ утвердительно, а другой отрицательно.“ Рѣшеніе присяжныхъ „виновенъ“ для Петра Леонтьева, и „невинна“ для Варвары Ивановой — доказало возможность въ данномъ случаѣ различнаго рѣшенія, указаннаго въ 756 ст. Наконецъ, подобное постановленіе вопроса несогласно съ 751 ст., которая говоритъ: „Основаніемъ вопросовъ по существу дѣла должны служить не только выводы обвинительнаго акта, но также судебное слѣдствіе и заключительныя пренія, въ чемъ они развиваютъ, дополняютъ и измѣняютъ тѣ выводы.“ Въ данномъ случаѣ именно судебное слѣдствіе обнаружило употребленіе насилія со стороны Петра Леонтьева, и защитникъ въ заключительныхъ преніяхъ требовалъ ея оправданія, какъ не сообщницу, а орудіе. Рѣшеніе же присяжныхъ доказало, что слова его и доводы не были безосновательны.

На чемъ же основывался судъ? Для того, чтобы несмотря на протесты прокурора и защитника, на заявленіе предсѣдательствующаго члена суда, въ противность указаннымъ мною статьямъ закона, все-таки не раздѣлять вопроса, судъ долженъ былъ имѣть очень уважительныя причины, очень твердыя основанія. Эти основанія выражены въ постановленіи совѣщательнаго засѣданія судей, прочитанномъ въ публичномъ засѣданіи. Вотъ это постановленіе: „такъ какъ разсматриваемое преступленіе (кровосмѣшеніе) необходимо предполагаетъ двухъ участниковъ и, при раздробленіи вопросовъ, разрѣшеніе вопроса объ одномъ изъ подсудимыхъ было бы вмѣстѣ съ тѣмъ предрѣшеніемъ вопроса о другомъ; на судебномъ же слѣдствіи не заявлено о существованіи такихъ причинъ, которыя на основаніи 92—103 ст. Улож. уничтожали бы вмѣняемость въ отношеніи котораго либо изъ подсудимыхъ,—а указанное защитникомъ обстоятельство относительно подчиненія Варвары Ивановой вліянію и силѣ свекра ея Петра Леонтьева имѣетъ значеніе на опредѣленіе лишь мѣры ея отвѣтственности, то руководствуясь ст. 754, 755 и 763 Уст. Угол. Суд., слѣдуетъ присяжнымъ предложить одинъ вопросъ о виновности обоихъ подсудимыхъ, введя въ самый вопросъ различіе мѣры виновности ихъ, какъ она представляется по судебному слѣдствію и заключительнымъ преніямъ“.

Уже съ первыми словами постановленія суда мы согласиться не можемъ. Кровосмѣшеніе дѣйствительно предполагаетъ двухъ участниковъ, но двухъ участниковъ въ *совершеніи факта*, а не непремѣнно двухъ *виновныхъ* въ преступленіи кровосмѣшенія. Если, напр., отецъ изнасилуетъ свою дочь, то *фактъ* кровосмѣшенія будетъ существовать съ двумя участниками въ немъ, но очевидно, что *преступникъ* будетъ одинъ. Поэтому утвержденіе суда, что при раздробленіи вопросовъ разрѣшеніе вопроса объ одномъ изъ подсудимыхъ было бы предрѣшеніемъ вопроса о другомъ также невѣрно, такъ какъ это утвержденіе могло бы быть еще допущено при неотвержимой и непремѣнной общей виновности подсудимыхъ въ преступленіи, а не въ совершеніи одного только факта. Да и въ этомъ случаѣ едва ли судъ имѣлъ бы право на основаніи такого утвержденія ставить одинъ вопросъ вмѣсто двухъ, въ противность ясной и точной 758 ст. Уст. Угол. Суд.

Постановленіе суда говоритъ, что постановляя не два, а одинъ вопросъ, онъ руководствовался 754, 755 и 763 ст. Уст. Угол. Суд. Статья 754 допускаетъ соединеніе вопросовъ, совершилось ли событіе преступленія, было ли оно дѣяніемъ подсудимаго и должно ли оно быть ему вмѣнено въ вину въ одинъ вопросъ о виновности, когда никѣмъ не возбуждено сомнѣнія въ томъ, что собы-

тіе преступленія дѣйствительно совершилось, ни въ томъ, что оно должно быть *вмѣнено подсудимому въ вину.* Но говоря уже о томъ, что въ дѣлѣ Варвары Ивановой защитникомъ возбуждено было болѣе чѣмъ сомнѣніе въ невмѣняемости сдѣланнаго въ вину подсудимой, не понятно отношеніе 754 ст. къ данному случаю. Въ ней только говорится о возможности соединенія вопросовъ о совершеніи событія и вмѣняемости въ одинъ по дѣлу *одного* лица: какимъ же образомъ эта статья можетъ уничтожить силу статьи 758 и служить руководствомъ къ соединенію вопросовъ о *двухъ* подсудимыхъ?

Ст. 755 говоритъ о постановкѣ частныхъ вопросовъ послѣ главнаго, и въ концѣ прибавляетъ: „объ обстоятельствахъ имѣющихъ вліяніе на опредѣленіе лишь мѣры наказанія въ предѣлахъ одной и той же степени, вопросы не предлагаются.“ Не думаю, чтобы насиліе съ одной стороны, и положеніе лица какъ жертвы насилія съ другой, были бы обстоятельствами, имѣющими вліяніе на опредѣленіе лишь мѣры наказанія, въ предѣлахъ одной и той же степени; и потомъ опять не вижу, какое отношеніе можетъ эта статья имѣть къ постановкѣ одного вопроса о двухъ подсудимыхъ.

Наконецъ, 763 статья имѣетъ столь же мало отношенія къ данному дѣлу, трактуя о тѣхъ случаяхъ, когда судъ не можетъ отказать въ постановкѣ вопросовъ о причинахъ невмѣняемости, а не о постановленіи отдѣльныхъ или общихъ вопросовъ о виновности нѣсколькихъ подсудимыхъ.

Какимъ же образомъ приведеныя три статьи, не имѣющія не только прямаго, но вообще никакого отношенія къ данному случаю, могли служить суду руководствомъ къ постановкѣ вопроса, противной прямому смыслу 751, 756 и 758 ст. Уст. Угол. Суд. приведенныхъ мною выше?

Отвѣтъ гг. присяжныхъ, исправивъ неправильность постановки вопросовъ, лучше всего показалъ какъ велика была эта неправильность. На одинъ общій вопросъ, присяжные дали два отвѣта: Петръ Леонтьевъ виновенъ, но по нѣкоторымъ обстоятельствамъ заслуживаетъ снисхожденіе, Варвара Иванова невинна.“ Эти отвѣты доказали: a) что присяжные нисколько не раздѣляютъ мнѣнія суда будто бы не *фактъ* кровосмѣшенія, а *виновность* въ этомъ преступленіи предполагаетъ непремѣнно двухъ участниковъ, b) что присяжные не думаютъ вмѣстѣ съ судомъ, будто при раздробленіи вопросовъ разрѣшеніе вопроса объ одномъ изъ подсудимыхъ было бы вмѣстѣ съ тѣмъ предрѣшеніемъ вопроса о другомъ, c) что присяжные даютъ указаннымъ защитникамъ обстоятельствамъ о насиліи совершенно иную силу и иное значеніе чѣмъ судъ.

Но составъ присяжныхъ, который могъ такимъ образомъ *понять* и *исправить* неправильность постановки вопросовъ судомъ, только счастливая случайность. Нерѣдко у насъ въ провинціи бываютъ такіе составы присяжныхъ, въ которыхъ едва одинъ или двое изъ нихъ грамотные. Кто знаетъ каковъ былъ бы результатъ суда, будь по дѣлу Варвары Ивановой иной составъ присяжныхъ! Постановка одного общаго вопроса о свекрѣ и снохѣ вызывала одинъ отвѣтъ, и такъ какъ преступленіе одного лица, свекра, было очевидно и не подлежало никакому сомнѣнію, то присяжнымъ въ этомъ одномъ отвѣтѣ пришлось бы или оправдать того, кого они считали виновнымъ, или обвинить ту, которую они считали невинною. Кромѣ того введеніе въ вопросъ выраженія „виновна ли Варвара Иванова въ томъ, что *подчиняясь вліянію* свекра, она имѣла съ нимъ противузаконную связь,“ могло легко ввести присяжныхъ въ заблужденіе. Считая даже Варвару Иванову вполнѣ невиновною въ совершеніи преступленія, они все-таки легко могли думать, что, признавая ея *подчиненіе вліянію* свекра, они еще не обвиняютъ ее въ преступленіи; это было тѣмъ легче, что факта никто не отвергалъ: защитникъ же только отвергалъ вмѣненіе факта въ преступленіе Варварѣ Ивановой, а смыслъ словъ *подчиняясь вліянію* очень широко и допускаетъ много толкованій. Самое постановленіе суда въ его распорядительномъ засѣданіи о причинахъ постановки не двухъ, а одного вопроса способно ввести въ заблужденіе не только малограмотныхъ присяжныхъ, но и очень толковыхъ. Это постановленіе (прочитанное, какъ сказано, на судѣ) словами: „что указанное защитникомъ обстоятельство относительно подчиненія Варвары Ивановой вліянію и силѣ свекра можетъ имѣть значеніе на опредѣленіе лишь мѣры ея отвѣтственности,“ высказываетъ *мнѣніе суда*, о несостоятельности объясненій защитника, о степени ихъ значенія; это постановленіе, говоря „что разсматриваемое преступленіе необходимо предполагаетъ двухъ участниковъ,“ выражаетъ *мнѣніе суда* объ общности виновности, и что Варвару Иванову нельзя не признать виновною, если будетъ признанъ виновнымъ ея свекръ, виновность котораго не могла подлежать сомнѣнію. И это говорятъ не прокуроръ или защитникъ, на которыхъ присяжные смотрятъ какъ на спорящія, слѣдовательно болѣе или менѣе заинтересованные стороны, это говоритъ судъ, на который присяжные не могутъ иначе смотрѣть какъ на сторону безпристрастную, которую они слушаютъ, вліянію которой легко могутъ подчиниться.

Н. А. Трахимовскій.

Владиміръ.

Возраженіе на эту статью см. С.П. Вѣдом. 1867 г. № 275, стр. 1122.


00083625
ЮФ СПбГУ

